IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME SECONDO.

FIRENZE.

COI TIPI DI FELICE LE MONNIER.

1854.

Trovasi vendibile:

IN REGGIO
PRESSO STEFANO CALDERINI E C.

IN MODENA
PRESSO NICOLA ZANICHELLI E C.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME SECONDO.

FIRENZE.

A SPESE DELL'AUTORE.

1854.

SISTEMA IPOTECARIO.

DEI PRIVILEGI SOPRA GLI IMMOBILI.

Articolo 2103.

I creditori privilegiati sopra gli immobili sono:

1. Il venditore sopra l'immobile venduto, per il pagamento del prezzo;

Essendovi più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così progressivamente;

2. Quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile, purchè sia comprovato autenticamente con l'atto d'imprestito, che la somma era destinata a tale impiego, e con la ricevuta del venditore, che il pagamento del prezzo dell'immobile sia stato fatto col danaro imprestato;

3. I coeredi sopra gl'immobili dell'eredità pel caso d'evizione dei beni tra essi divisi, e per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie;

4. Gli architetti, gl'intraprenditori, i muratori ed altri operaj impiegati nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizj, canali, o qualunque altra opera, purchè, mediante perito deputato *ex officio* dal tribunale di prima istanza nel cui distretto sono situati gli edifizj, siasi preventivamente steso processo verbale ad og-

getto di comprovare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori, rapporto ai quali il proprietario avrà dichiarato l' intenzione che si dovessero fare, e che i lavori siano stati approvati da un perito egualmente nominato *ex officio,* entro sei mesi al più dalla loro ultimazione;

L' ammontare però del credito privilegiato non può eccedere il valore comprovato col secondo processo verbale, e si riduce al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell' alienazione e che deriva dai lavori fatti al medesimo.

5. Quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj, godono dello stesso privilegio, purchè un tale impiego venga comprovato autenticamente coll' atto d' imprestito e con la quitanza degli operaj, come è stato prescritto superiormente per coloro che hanno prestato danaro per l' acquisto d' un immobile.

1. *Il venditore sopra l' immobile venduto.*

298. Nel primo volume si parlò dei privilegi sui mobili. In questo dei privilegi sopra gli immobili, e di quelli che si estendono sopra i mobili e sopra gl'immobili terremo discorso collo stesso metodo e colla stessa brevità.

Il primo dei privilegi sugli immobili menzionato dall'articolo 2103 è quello del venditore sopra l'immobile venduto pel pagamento del prezzo. Allorchè nel primo volume (1) si fece parola del privilegio accordato dall'articolo 2102 al prezzo degli effetti mobiliari non pagati, si toccarono brevemente i principj della Romana Giurisprudenza, che regolano nel contratto di compra e vendita i diritti del venditore non soddisfatto del prezzo, e si disse che quando la vendita era fatta *non habita fide de pretio,* il venditore conservava il dominio della cosa venduta; e che al contrario quando era fatta *habita fide de pretio,* il venditore per-

(1) Pag. 255, n. 241.

deva il dominio, e rimaneva semplice creditore chirografario del prezzo repetibile coll'azione personale *venditi* non garantita nè da alcun privilegio, nè da legale ipoteca (1). Per supplire al difetto delle Leggi Romane, le quali nessun favore accordavano all'azione chirografaria *venditi*, i Forensi suggerirono il rimedio e l'uso di una speciale stipulazione, mediante la quale il venditore riservavasi il dominio della cosa venduta sino all'intero pagamento del prezzo (2). Questa riserva però di dominio non teneva sospesi gli effetti della vendita e la traslazione del dominio, a meno che non fosse espressamente concepita a modo di condizione sospensiva, ma attribuiva semplicemente un diritto di prelazione sopra i creditori del compratore. Fa fede di ciò il Zanchio, il quale di questa riserva di dominio per patto stipulata spiega la forza ed efficacia: « Istaque reservatio dominii illa est, quæ resolvitur in specialem hypothecam, quæ dominii translationem non impedit, sed ære non soluto solam super re vendita prælationem attribuit pro pretio (3). » Il perchè distinguevasi tra i Forensi, come opportunamente avvertirono alcune Decisioni Toscane (4), la riserva di dominio propria ed assoluta, che rendendo la vendita condizionale ne teneva sospesi gli effetti sino al pagamento del prezzo, dalla riserva impropria apposta semplicemente come una clausola diretta a garantire il venditore del pagamento del prezzo (5). E l'uso di questa impropria riserva di dominio si fece così generale, che a poco a poco passò nel numero di quelle formole e clausole ceterate, proprie del contratto di compra e vendita, onde i Notari supplivano al difetto di una speciale stipulazione dei contraenti. Si spinse anzi la cosa al punto, che si pretese da alcuni, che la detta clausola, quand'anche non fosse stata

(1) Voet, lib. 6, tit. 1, n. 14.

(2) Zanchio, De prælat. credit., exercit. 1, n. 24 e 37.

(3) De Prælat. cred., exerc. 1, n. 38 e 39.

(4) Tesoro del Foro Toscano, tom. 18, pag. 145, dec. 94, del 5 agosto 1826; tom. 28, pag. 195, dec. 38, del 27 aprile 1831; tom. 39, pag. 271, dec. 50, del 10 maggio 1836.

(5) Vedi anche nell'aurea Raccolta delle decisioni del supremo Tribunale di Revisione in Parma colle note ed opuscoli relativi di Francesco Melegari, pubblicata nel 1853 dagli Editori-Librai Stefano Calderini e Comp. in Reggio e Nicola Zanichelli e Comp. in Modena, la dec. n. 63 intorno al ricorso de' fratelli Sgorbati contro la Candita Pozzi, del 23 agosto 1822, fascicolo VI, pag. 205.

espressa, si dovesse avere per sottintesa nei contratti di compra e vendita (1). E siccome su questo punto, se cioè la detta clausola dovesse aversi per sottintesa nei casi in cui era stata omessa, non tutti erano d'accordo i Forensi, così alcuni Statuti, mirando a togliere ogni motivo di questione, e a tutelare l'interesse del venditore che avea fatta la tradizione della cosa venduta *habita fide de pretio*, accordarono allo stesso venditore una speciale ipoteca sul fondo venduto, e il diritto di essere preferito ai creditori del compratore. Per tacere degli altri molti ch'io potrei recare in campo, mi limiterò a citare l'antico Codice Estense pubblicato da Francesco III nel 26 aprile 1771, e abrogato dal Regnante Francesco V d'Este nel 25 ottobre 1851, il quale nell'articolo 5 del titolo 25 del libro secondo chiaramente disponeva, che per il prezzo non pagato, o residuo del medesimo, dovesse intendersi sempre riservato al venditore il regresso, speciale ipoteca e prelazione sul fondo venduto, ancorchè il contratto fosse fatto con respiro al pagamento del prezzo, ed il fondo venduto fosse passato in altrui dominio.

299. Il Codice Napoleone accorda al venditore pel prezzo non pagato un privilegio sull'immobile venduto; e siccome l'articolo 2103 non distingue, se la vendita sia stata fatta con dilazione al pagamento del prezzo, o senza, così è a tenersi che il privilegio in qualunque caso compete al venditore, cui è dovuto il prezzo della vendita. In ciò il privilegio concesso al venditore di un immobile non è diverso da quello che l'articolo 2102 accorda al venditore di effetti mobiliari, perchè l'uno e l'altro sono radicati sulla cosa venduta, e competono tanto che la vendita sia stata fatta con dilazione al pagamento o senza. Ma sebbene quanto alla sostanza ed alla intrinseca natura del diritto questi due privilegi sieno eguali, la diversa natura della cosa che ne forma il soggetto rende dell'uno e dell'altro diversi gli effetti. Imperocchè il privilegio accordato dall'articolo 2102 al prezzo degli effetti mobiliari compete ed è esercibile, se gli effetti venduti esistono tuttora in possesso del compratore; laddove il privilegio del venditore di un immobile compete ed è esercibile contro qualsiasi possessore dell'immobile venduto. Infatti, mentre l'articolo 2102 vuole espressamente la esistenza degli effetti mobiliari venduti nelle mani e nel possesso del compratore siccome una condizione

(1) Zanchio, De prælat. cred., exerc. 1, n. 44, 45, 46, 47.

indispensabile all'esercizio del privilegio, l'articolo 2103 al contrario accorda il privilegio al venditore di cosa immobile in termini assoluti e senza alcuna condizione. D'altra parte l'articolo 2166 stabilisce in termini chiari ed assoluti che i creditori aventi *privilegio* o *ipoteca* inscritta sopra un immobile ritengono sopra di esso le loro ragioni, ancorchè passi in qualunque altro possessore.

300. L'articolo 2103 accorda il privilegio al venditore sopra l'immobile venduto pel pagamento del prezzo. Se sarà fatta una vendita col patto della ricupera, e il venditore faccia uso di un tal patto, competerà al compratore sull'immobile restituito pel rimborso di ciò che gli è dovuto il privilegio che l'articolo 2103 concede al venditore? Per isciogliere questo dubbio è mestieri determinare e stabilire, se quando il venditore fa uso del patto di ricupera, avvenga una nuova vendita, o semplicemente la risoluzione del primo contratto. Il Voet (1) tiene che succeda una nuova vendita: « magisque ex hujusmodi pacto de retro vendendo nova venditio sequitur, quam venditionis prioris infirmatio fit. » Il Pothier al contrario sostiene (2) che nel contratto di vendita col patto di ricupera non avviene una nuova vendita, ma semplicemente la risoluzione della prima, e che il patto della ricupera non è che una clausola risolutiva. Io non ardirò farmi giudice tra queste due diverse opinioni. Dirò però francamente, che secondo i principj stabiliti dal Codice Napoleone intorno al retratto convenzionale mi pare da seguirsi l'insegnamento del Pothier. E infatti l'articolo 1659 definisce il retratto convenzionale, ossia ricupera, *un patto per cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, mediante la restituzione del prezzo capitale*, *ed il rimborso di cui si tratta nell'articolo* 1673. Il retratto convenzionale, ossia ricupera, non è dunque un patto per cui il compratore si obbliga di rivendere al venditore la cosa venduta, ma un patto per cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta. L'idea espressa dalle parole *riprendere la cosa venduta,* e dalle altre *restituzione del prezzo capitale* mostrano chiaramente che il legislatore considera il patto della ricupera come una clausola resolutoria. Inoltre l'articolo 1662 dispone che non proponendo il venditore la sua azione di retratto nel termine prescrit-

(1) Lib. 18, tit. 3, n. 7.

(2) Du contrat de vente, par. 5, chap. 2, sect. 3, n. 412.

to, il compratore rimane proprietario irrevocabile. Dalla disposizione di quest'articolo 1662 discende la legittima conseguenza che il dominio del compratore, finchè il venditore è nel diritto di far uso del patto di ricupera e di proporne l'azione, è un dominio risolubile e rivocabile. Finalmente dichiara l'articolo 1673 che quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del patto di retratto, lo riprende esente da tutti i pesi ed ipoteche di cui il compratore lo avesse aggravato. Questa disposizione, la quale è l'applicazione del principio — *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* — è la prova la più convincente che il Codice Napoleone considera il retratto convenzionale ossia ricupera come un patto che opera la risoluzione del primo contratto. La ragione, per cui il venditore che fa uso del patto di ricupera riprende l'immobile esente dai pesi imposti dal compratore, è quella stessa che dà Paolo nella L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, la quale porta il caso di una vendita risoluta: « In pristinam causam res redit, *resoluta venditione.* » Ulpiano nella L. 2, D. *De in diem addict.*, insegna che quando nel contratto di vendita il patto dell'addizione è stipulato colla formola *ut meliore allata conditione, discedatur*, la vendita è pura, e risolubile sotto condizione: « Si quidem hoc actum est, *ut meliore allata conditione, discedatur*, erit pura emtio, quæ sub conditione resolvitur. » Di questa risoluzione condizionale, che si opera in grazia del patto dell'addizione *in diem*, lo stesso Ulpiano nella L. 3, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, determina uno degli effetti principali, quello cioè di render vane le ipoteche costituite dal compratore: « Si res distracta fuerit sic, *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita: et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. » Che se la risoluzione del contratto di vendita ha per effetto, come si prova coll'allegato esempio fornitoci da Ulpiano, di render vane le ipoteche costituite dal compratore, con tutta ragione dalla disposizione del citato articolo 1673 si può dedurre che il Codice Napoleone attribuisce al patto della ricupera la forza di una clausola resolutoria. Se pertanto quando il venditore fa uso del patto di ricupera e ne dimanda l'adempimento, non avviene una nuova vendita secondo i principj stabiliti dal Codice Napoleone, ma semplicemente la risoluzione del primo contratto, è chiaro che il com-

pratore restituisce l'immobile, non lo rivende, e per conseguenza non può pretendere un privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore sopra l'immobile venduto. Che se il compratore obbligato alla restituzione dell'immobile comprato col patto della ricupera non può giovarsi per la ragione or ora detta del privilegio accordato al venditore pel pagamento del prezzo, non è però dalla legge lasciato senza difesa e garanzia. Imperocchè l'articolo 1673 dispone che il venditore, che è tenuto a rimborsare non solo il prezzo capitale ma ancora le spese e qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie, e quelle altresì che hanno aumentato il valore del fondo sino all'importare di questo aumento, non può rientrare in possesso se non dopo aver soddisfatto a tutte queste obbligazioni. Se il compratore restituisce il fondo senza far uso del diritto di ritenzione accordatogli dal citato articolo 1673, invano si farebbe ad invocare il favore di quel privilegio che l'articolo 2103 attribuisce al venditore sopra l'immobile venduto pel pagamento del prezzo (1).

301. Un contratto che ha grande affinità e somiglianza colla vendita è la permuta, di cui ci reca un esempio Omero nella sua *Iliade:*

> « . . . . e ristorârsi
> Del vino che recato avean di Lenno
> Molti navigli; e li spediva Eunéo
> D' Issipile figliuolo e di Giasone.
> Mille sestieri in amichevol dono
> Eunéo ne manda ad ambedue gli Atridi;
> Compra il resto l'armata, altri con bronzo,
> Altri con lame di lucente ferro;
> Qual con pelli bovine, e qual col corpo
> Del bue medesmo, o di robusto schiavo. » (2)

Anche nella *Genesi* alla permuta è attribuita eguale efficacia che alla vendita: « Cumque defecisset emptoribus pretium, venit cuncta Ægyptus ad Joseph, dicens: da nobis panes: quare morimur coram te, deficiente pecunia? Quibus ille respondit: adducite pecora vestra, et dabo vobis pro eis cibos, si pretium non habetis. Quæ cum adduxissent, dedit eis alimenta pro equis et ovibus et

(1) Troplong, art. 2103, n. 214. Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 3, sect. 1, n. 157. Persil, art. 2103, n. 13.
(2) Monti, Iliad., lib. 7.

bobus et asinis (1). » È tanta la somiglianza tra la vendita e la permuta, che tra gli antichi romani Giureconsulti si disputava se fossero uno stesso contratto, e questa disputa fu tolta da Giustiniano (2), il quale, attenendosi alla dottrina di Proculo seguita dai più, dell'un contratto e dell'altro determinò la natura e le differenze caratteristiche: « Sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit.... Quod et anteriores Divi Principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur. » La differenza sostanziale tra la vendita e la permuta è chiarita da Paolo nella L. 5, § 1, D. *De præscrip. verb.*, il quale insegna che nella permuta, annoverata tra i contratti innominati *do ut des*, si dà una cosa in correspettivo e in cambio di quella che si riceve; laddove nella vendita, messa nel numero dei contratti nominati e consensuali, il correspettivo della cosa che si riceve consiste nel prezzo da pagarsi dal compratore: « Et si quidem *pecuniam dem, ut rem accipiam*, emtio et venditio est; sin autem *rem do, ut rem accipiam*, quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem. » Anche il Codice Napoleone distingue la vendita dalla permuta, e definisce la prima nell'articolo 1582: « *una convenzione per cui uno si obbliga a dare una cosa, e l'altro a pagarla;* » e definisce la seconda nell'articolo 1702: « *un contratto con cui le parti si danno rispettivamente una cosa per averne un'altra.* » Nella permuta uguali sono le obbligazioni di amendue i contraenti; e per ciò Paolo nella L. 1, D. *De rei permut.*, dice: « In permutatione discerni non potest, uter emtor vel uter venditor sit. » Al contrario nella vendita il venditore giusta l'articolo 1603 ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende, mentre l'obbligazione principale del compratore giusta l'articolo 1650 è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita.

Si fa la questione tra gl'Interpreti, se il permutante goda sul fondo dato in permuta per l'adempimento delle obbligazioni stanti a carico dell'altro contraente il privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore. Il Persil (3) dice che la permuta non è

(1) Cap. 47, n. 15, 16, 17.
(2) Instit., lib. 3, tit. 24, § 2.
(3) Art. 2103, § 1, n. 11.

che una vendita reciproca, la quale differisce dalla vendita ordinaria in ciò solo che invece del denaro si dà una cosa in cambio e in correspettivo dell'altra cosa ricevuta, e chiamando una tale differenza di troppo lieve momento conclude non potersi in alcuna maniera negare ai permutanti il privilegio che al venditore accorda l'articolo 2103. Il Troplong (1) e il Duranton (2) sono di contraria opinione, e s' accordano nel negare ai permutanti il privilegio dall' articolo 2103 attribuito al venditore. A me pare da preferirsi la opinione di questi ultimi. È verissimo che la vendita e la permuta, come si è già avvertito, sono due contratti che hanno tra loro molta affinità e somiglianza, e tanta che la L. 2, C. *De rer. permut.*, dice espressamente: « Permutationem, utpote re ipsa bonæ fidei constitutam, sicut commemoras, *vicem emtionis* obtinere, non est juris incogniti. » Ma qualunque siano i punti di somiglianza che avvicinano questi due contratti, è però certo che tanto le Leggi Romane quanto il Codice Napoleone distinguono l' uno dall' altro, e che il prezzo che si paga dal compratore al venditore è uno dei requisiti proprj e sostanziali del contratto di compra e vendita. Ora l' articolo 2103 a chi accorda il privilegio? Al venditore. Per qual titolo il privilegio al venditore è concesso? Pel pagamento del prezzo. La L. 1, D. *De rer. permut.*, dice chiaramente che nella permuta nessuno dei permutanti può dirsi venditore, nessuno compratore, e che il prezzo, che manca nella permuta, è cosa diversa dalla cosa che si dà in cambio di quella che si riceve: « Sicut aliud est vendere, aliud emere; alius emtor, alius venditor; ita pretium aliud, aliud merx: at in permutatione discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit; multumque differunt præstationes. » Quando adunque si volesse accordare ai permutanti il privilegio, darebbesi all' articolo 2103 una interpretazione estensiva, la quale nella materia dei privilegi è assolutamente vietata. È principio incontrastabile di diritto, che i privilegi, i quali sono di stretto gius, non possono per ragione di analogia estendersi oltre i casi nominatamente contemplati dal legislatore (3).

302. Sebbene la vendita e la permuta siano due contratti distinti e diversi, può però verificarsi il caso che il contratto sti-

(1) Art. 2102, n. 200 bis, e art. 2103, n. 215.
(2) Liv. 3, tit. 18, chap. 3, n. 155.
(3) Troplong, art. 2102, n. 200 bis.

pulato tra le parti sia misto di permuta e di vendita. Ciò avviene allora quando in correspettivo di un fondo si promette un altro fondo di minor valore, ed una determinata somma di denaro. È fuori di dubbio che questa somma, la quale costituisce la differenza del valore attribuito ai due fondi, è un vero prezzo, entro i limiti del quale il permutante che ha dato il fondo di maggior valore è un vero venditore. Una Decisione Toscana del 28 luglio 1832 confermò questa massima, dichiarando che quando per prezzo di una specie è stato dato per la metà contante, e per l'altra metà altra specie, un tal contratto in parte è di compra e vendita, ed in parte di permuta (1). Non può dunque negarsi al permutante, cui è dovuta in denaro una parte del correspettivo, il privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore pel pagamento del prezzo (2).

303. Se tra la vendita e la permuta, quanto alla necessità del correspettivo, passa grande affinità e somiglianza, non può dirsi lo stesso della vendita e della donazione, perchè la donazione esclude l'idea della correspettività. Ciò è sì vero che Ulpiano nella L. 36, D. *De contr. empt.*, insegna che quando il venditore stipula un prezzo simulato che non vuole esigere, non vi ha vendita: « Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. » Così pure la L. 9, C. *De contr. empt.*, stabilisce che la tradizione della cosa venduta per un prezzo simulato trasforma il contratto in una donazione: « Emti fides ac venditi sine quantitate nulla est.... sed et si donationis gratia prædii factam venditionem traditio sequatur; actione pretii nulla competente, perficitur donatio. » Questa differenza essenziale, che separa e distingue la donazione dalla vendita, non toglie che il donatore non possa imporre al donatario alcuni oneri e condizioni da adempirsi. La L. 3, C. *De contr. empt.*, ci somministra un bellissimo esempio di una donazione fatta con un onere addossato al donatario: « Si donationis causa, venditionis simulatus contractus est: emtio in sua deficit substantia. Sane si in possessionem rei, sub specie venditionis, causa donationis, *ut te aleret*, induxisti: sicut perfecta donatio facile rescindi non potest; ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit. » Anche la L. 33, § 1, D. *De donat.*, ci offre un esempio di una do-

(1) Tesoro del Foro Toscano, Tom. 31, pag. 104, dec. 11.
(2) Troplong, art. 2103, n. 215. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 18, n. 155.

nazione fatta con un carico imposto al donatario: « Ea lege, donationis causa, pecunia Titio numerata, *ut statim donatori mutuo detur*, non impeditur dominii translatio. » Vuole la legge l'osservanza e l'adempimento degli oneri dal donatore al donatario imposti, e la L. 9, C. *De donat.*, indica le azioni a cui il donatore deve ricorrere per domandarne ed ottenerne l'esecuzione: « Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu: sive non, incerto judicio, id est, præscriptis verbis, apud Præsidem provinciæ debes agere, ut hanc impleri provideat. » Ciò premesso, si fa la questione dagl' Interpreti del Sistema Ipotecario, se il donatore per l'adempimento delle condizioni e degli oneri imposti al donatario possa pretendere il privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore pel pagamento del prezzo. E per non esaminare la questione in astratto, prenderemo in considerazione il caso che la L. 22, C. *De donat.*, opportunamente ci offre: « Cum res filio tuo emancipato ea conditione, *ut creditoribus tuis solveret*, te donasse proponas: si stipulatione, vel incontinenti habito pacto huic rei prospexisti, creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio. Eum autem, cui certa lege prædia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequia urgeri secundum legem donationibus dictam convenit. » Secondo questa legge, la quale non è che l'applicazione della massima generale stabilita dall' antecedente L. 9 già citata, il padre che ha addossato al figlio donatario il pagamento de' suoi creditori, ha certamente un' azione personale contro il donatario per obbligarlo all' adempimento dell' ingiuntogli onere. La stessa legge suppone che alcuni poderi siano il soggetto e la materia della fatta donazione. Avrà dunque il padre donatore e potrà esercitare pel pagamento dei debiti accollati al figlio il privilegio dall' articolo 2103 al venditore concesso sull' immobile venduto? È facilissima la soluzione di questo dubbio. La donazione, qualunque siano le condizioni e gli oneri addossati al donatario, è un contratto affatto distinto e diverso dalla vendita. È lecito ai contraenti aggiunger patti ai contratti, e tali patti non alterano e non cambiano la natura e la sostanza del contratto principale. Paolo nella L. 43, D. *De pactis*, accenna ai patti aggiunti al contratto di compra e vendita: « In emtionibus scimus, quid præstare debitor debeat, quidque ex contrario emtor. Quod si in contrahendo aliquid ex-

ceptum fuerit, id servari debebit. » Così Gajo proclama nella L. 48, D. *De pactis,* il principio generale: « In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est. » Non cambiando gli oneri aggiunti per patto dal donatore a carico del donatario la sostanza dell'atto di donazione, con qual diritto potrebbe il donatore stesso arrogarsi un privilegio che l'articolo 2103 ai soli venditori d'immobili attribuisce? Il Grenier (1), il Persil (2), il Duranton (3), i quali trattano questa questione, sono d'accordo nel negare al donatore il privilegio per garanzia dei patti ed oneri della donazione. Il Troplong (4) non solo nega il privilegio al donatore, ma si meraviglia con molta ragione che si possa proporre un simile dubbio, essendo la donazione e la vendita due contratti di natura affatto diversa. Che se il permutante per le ragioni dette più sopra non può giovarsi del privilegio dall'articolo 2103 accordato al venditore, non ostante la grande affinità che passa tra la vendita e la permuta, molto meno al donatore si potrebbe estendere il detto privilegio. Se al donatore per l'adempimento dei patti della donazione manca la garanzia del privilegio, con altri rimedj ed anche più efficaci soccorrono a lui gli articoli 953 e 954. Secondo l'articolo 953 la donazione tra vivi può essere rivocata per l'inadempimento delle condizioni sotto le quali fu fatta; e giusta il successivo articolo 954 in caso di revoca per inadempimento delle condizioni i beni ritornano in potere del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca imposta dal donatario; ed il donante ha contro i terzi detentori degl'immobili donati tutti i diritti che avrebbe contro il medesimo donatario.

304. La dazione *in solutum* è nella sua sostanza una vendita che si fa dal debitore di una cosa propria al creditore per un prezzo determinato che viene compensato col credito. Si verificano infatti nella dazione *in solutum* i principali ed essenziali requisiti della vendita, la cosa cioè ed il prezzo, e il debitore che dà il fondo *in solutum* è tenuto all'evizione come qualunque altro venditore. Per ciò nell'Autentica *De fidejussor.,* sotto la L. 16, C. *De solut.*, la quale determina i casi in cui il credi-

(1) Traité des Hyp., par. 2, chap. 1, sect. 3, § 1, n. 391.
(2) Art. 2103, § 1, n. 10.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 156.
(4) Art. 2103, n. 216.

tore può essere tenuto a ricevere *in solutum* il fondo del proprio debitore, è chiaramente stabilito che una tale dazione *in solutum* è autorizzata sotto la condizione della giusta stima: «Facta per Judicem *subtili ejus causæ æstimatione*, ut rem prædictam et debitori solvere, et creditori liceat petere, præstanda creditori cautela de evictione, quæ debitori possibilis sit.» Ulpiano nella L. 24, pr. D. *De pignor. act.*, accorda al creditore che soffrì evizione della cosa accettata *in solutum* l'azione utile *ex emto*: «Imo utilis ex emto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat.» Anche il Brunemanno (1) non dubita di chiamare *compra* la dazione *in solutum*: «Ibi pro pecuniario debito datur in solutum species, ubi est datio in solutum, et sic emtio.» A ragione adunque il Persil stabilisce (2) che il debitore, il quale cede *in solutum* al suo creditore un fondo, il cui valore eccede la quantità del debito, potrà pel pagamento di un tale eccesso valersi del privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore degli immobili, verificandosi rispetto al detto eccesso di valore tutti i requisiti della compra e vendita.

305. Giustiniano insegna nelle sue Instituzioni (3) che il contratto di compra e vendita, che viene annoverato tra i contratti *consensuali*, è valido e perfetto senza bisogno della scrittura: «Consensu fiunt obligationes in emtionibus, venditionibus etc. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est.» Ma perchè il privilegio accordato al venditore dall'articolo 2103 competa, è assolutamente necessario che il contratto di vendita risulti da scrittura; e ciò perchè l'articolo 2106 dispone, come vedremo, che i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione nel modo determinato dalla legge. Per fare la quale inscrizione il creditore, come prescrive l'articolo 2148, deve presentare appunto al Conservatore delle ipoteche l'originale in minuta o una copia autentica dell'atto da cui nasce il privilegio o l'ipoteca. E sebbene il venditore sia dispensato dall'obbligo della inscrizione, è però mestieri giusta la disposizione dell'arti-

(1) Ad leg. 46, D. *De solution.*
(2) Art. 2103, § 1, n. 12.
(3) Lib. 3, tit. 23, pr. e § 1.

colo 2108 che sia fatta la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore. Il venditore adunque o conservi il suo privilegio mediante la trascrizione o col mezzo della inscrizione da esso accesa, è sempre necessario che il contratto di vendita sia fatto per iscrittura.

Dispone l'articolo 1582 che la vendita può essere fatta tanto per atto autentico, come per iscrittura privata. D'altra parte giusta l'articolo 2127 l'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti a due notaj, o avanti ad un notajo e a due testimoni. Sarà dunque necessario che anche il contratto di vendita risulti da un documento autentico, affinchè il venditore possa godere del privilegio accordatogli dall'articolo 2103? No certamente. Quando si tratta d'ipoteca convenzionale dichiara espressamente l'articolo 2117 che questa dipende dalle convenzioni e dalla forma estrinseca degli atti e dei contratti. La qual forma viene determinata dagli articoli 2127 e 2129. Dispone il primo che l' ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti a due notaj, o avanti ad un notajo e a due testimoni; ed il secondo, che non vi è ipoteca convenzionale valida fuorchè quella la quale o nell'atto autentico costitutivo del credito, o in un atto autentico posteriore dichiara specialmente la natura e la situazione degl' immobili dal debitore assoggettati ad ipoteca. Al contrario quando si tratta del privilegio del venditore, l'articolo 2108 dichiara semplicemente che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione *del titolo* che ha trasferito la proprietà nel compratore, e dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo o in tutto o in parte. L'ipoteca convenzionale, che deriva dalla volontà dei contraenti, risultar deve per comando espresso della legge dalla convenzione e dalla forma autentica dell'atto; laddove nessuna disposizione del legislatore prescrive che il titolo, che fa prova del contratto di vendita e del credito privilegiato del venditore, debba essere in forma autentica (1).

306. Ma se non è necessario che la scrittura del contratto di vendita sia autentica, onde il privilegio al venditore competa, è però al tutto mestieri che il credito dello stesso venditore pel prezzo o residuo del prezzo della cosa venduta risulti dalla

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 159.

stessa scrittura del contratto. Imperocchè trattandosi di un diritto esercibile in faccia e in pregiudizio dei terzi, se la scrittura di vendita porta il pagamento del prezzo, ogni privilegio del venditore si rimane estinto irrevocabilmente. Per ciò l'articolo 2108 dispone che il venditore conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e *dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo in tutto o in parte.* Quando nella scrittura del contratto il venditore contro la verità assolve il compratore dal pagamento del prezzo, il credito e il privilegio dello stesso venditore non possono rivivere in faccia ai terzi in forza di una dichiarazione contraria fatta con atto separato, perchè le contro dichiarazioni in iscritto non possono giusta l'articolo 1321 avere effetto che fra le parti contraenti, e non contro terze persone (1).

307. L'articolo 2103 accorda al venditore il privilegio sopra l'immobile venduto *per il pagamento del prezzo*, che è giusta l'articolo 1650 l'obbligazione principale del compratore. Ma questi è tenuto altresì all'interesse del prezzo della vendita fino al giorno del pagamento del capitale nei tre casi determinati dall'articolo 1652; cioè se ciò è stato convenuto al tempo della vendita; se la cosa venduta e consegnata produce frutti od altri proventi; e infine se gli è stata intimata la domanda del pagamento. È principio inconcusso di Giurisprudenza Romana che gl'interessi, i quali sono considerati siccome un accessorio del capitale, hanno diritto di essere soddisfatti nello stesso grado al capitale medesimo competente. Questo principio trovasi confermato da molte leggi, e tra le altre dalla L. 18, D. *Qui pot. in pign.*, dove Scevola, supposto il conflitto e il concorso di due crediti ipotecarj di diversa data, decide che il primo creditore ha diritto di essere preferito al secondo sì pel capitale come per tutti gl'interessi: « Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse. » Lo stesso principio è pur confermato dall'articolo 2151 del Codice Napoleone, il quale sebbene stabilisca che il creditore inscritto per un capitale che produce interessi ha diritto d'essere, rapporto ad essi, classificato per due anni soltanto e per l'anno corrente nello stesso grado del capitale, accorda però allo stesso creditore il diritto di iscrivere se-

(1) Troplong, art. 2103, n. 218. Persil, art. 2103, § 1, n. 6 e 7. Duranton, n. 165.

paratamente gli altri arretrati al di là di quelli conservati in vigore dalla prima inscrizione. Sebbene dunque l'articolo 2103 attribuisca semplicemente al venditore il privilegio pel pagamento del prezzo, deve tenersi per certissimo che gl'interessi del prezzo, siccome accessorj del capitale, godono lo stesso privilegio, e su ciò sono d'accordo tutti i Dottori (1). Il punto, sul quale tutti i Dottori non s'accordano, si è, se il venditore abbia diritto di esercitare il privilegio nello stesso grado del capitale per tutti gl'interessi a lui dovuti, o pure se anche a lui sia applicabile la citata disposizione dell'articolo 2151. Siccome questa questione si lega col sistema di pubblicità, a cui furono subordinati i privilegi sopra gl'immobili, così noi ci riserbiamo trattarne, allorchè dell'articolo 2106 terremo discorso.

308. Coll'azione *ex vendito* può il venditore reclamare e ripetere, oltre il prezzo e i relativi interessi, tutto ciò che si riferisce alla esecuzione del contratto. Per ciò la L. 13, § 19, D. *De action. emt. et ven.*, dichiara in termini generali: « *Ex vendito* actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emtore præstari oportet. » La stessa legge ne' successivi §§ 20, 22, 24 viene noverando diversi esempj e casi, in cui il venditore può far uso dell'azione *ex vendito* contro il compratore: « Veniunt autem in hoc judicium infrascripta: in primis pretium, quanti res venit: item usuræ pretii post diem traditionis: nam cum re emtor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.... Præterea *ex vendito* agendo consequetur etiam sumtus, qui facti sunt in re distracta: ut puta, si quid in ædificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo, et Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem. Idem et si in ægri servi curationem impensum est ante traditionem; aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emtorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere.... Si inter emtorem prædiorum, et venditorem convenisset, *ut, si ea prædia emtor, heresque ejus pluris vendidisset, ejus partem dimidiam venditori præstaret;* et heres emtoris pluris ea prædia vendidisset: venditorem ex vendito agendo partem ejus quo pluris vendidisset consecuturum. » Lungo sarebbe accennare tutti i casi, in cui il venditore può far uso dell'azione *ex vendito*. I pochi, di cui fa parola la citata L. 13, bastano a far chiaro che

(1) Troplong, art. 2103, n. 219. Persil, art. 2103, § 1, n. 1.

il venditore può, oltre il prezzo e gl' interessi, avere altri diritti da esercitare coll' azione *ex vendito* dipendenti dal contratto di vendita. Per ciò il Voet dichiara che il venditore muove l' azione *ex vendito* per costringere il compratore a pagare il prezzo e gl' interessi, ed inoltre ad eseguire ciò a cui è tenuto o in grazia dei patti aggiunti al contratto, o in forza della natura del contratto (1). L' articolo 1650 del Codice Napoleone stabilisce che la obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati nel contratto di vendita. Se questa è la obbligazione principale, altre obbligazioni secondarie derivanti dal contratto possono dunque stare a carico dello stesso compratore.

Ciò premesso, per tutti i diritti, oltre il prezzo e gl' interessi, al venditore competenti contro il compratore, potrà lo stesso venditore esercitare il privilegio sopra l' immobile venduto? Il Persil (2) insegna che essendo il privilegio accordato pel pagamento del prezzo, i crediti qualunque del venditore diversi dal prezzo, sebbene occasionati dal contratto di vendita, non hanno alcun diritto di privilegio. Il Duranton (3) è dello stesso avviso, e sostiene anzi che se il venditore con un patto speciale si obbliga di pagare le spese del contratto, le quali per diritto comune stanno a carico del compratore, non può pretendere il privilegio per l'intera somma del prezzo stipulato, dovendosi dalla somma stessa dedurre la quantità delle spese del contratto, le quali diminuiscono il prezzo. Il Troplong (4) tiene la stessa opinione quanto al diritto di emenda di danni ed interessi al venditore competente per titoli e cause dipendenti dal contratto di vendita; ma quanto alle spese del contratto (5) pagate dal venditore pensa che ne sia dovuto il rimborso allo stesso venditore con privilegio sull' immobile venduto, come quelle che devonsi considerare un accessorio del prezzo.

A me par facile la soluzione di questo dubbio. Il privilegio non è dall' articolo 2103 accordato al venditore a garanzia della esecuzione del contratto, a garanzia cioè di tutti i diritti derivanti

(1) Lib. 19, tit. 1, n. 18.
(2) Art. 2103, § 1, n. 3.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 162, 163.
(4) Art. 2103, n. 221.
(5) N. 220.

dal contratto di vendita al venditore; ma è semplicemente accordato per *il pagamento del prezzo.* Tutte le somme adunque, a cui il venditore può avere diritto, oltre il prezzo convenuto e gl' interessi del medesimo, sebbene dipendenti dal contratto di vendita, non potranno in alcuna maniera godere del privilegio attribuito al prezzo, non potendosi dare ad un privilegio concesso per un titolo speciale, una maggiore e più larga estensione. Quanto però alle spese del contratto, io non potrei dividere interamente nè la opinione assoluta del Duranton, nè quella del Troplong, e mi pare sia da farsi una distinzione. È verissimo che le spese del contratto stanno per diritto comune a carico del compratore; ma nulla vieta che il venditore per patto ne assuma a suo peso il pagamento giusta la massima nella L. 43, D. *De pactis,* stabilita da Paolo: « In emtionibus scimus, quid præstare debitor debeat, quidque ex contrario emtor. Quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debebit. » Si può alle spese del contratto applicare ciò che l' articolo 1608 dispone intorno alle spese del trasporto della cosa venduta, le quali appartengono al compratore, se non vi è stata stipulazione in contrario. Se pertanto il venditore ha assunte per patto le spese del contratto, perchè non potrà godere il privilegio per l' intero prezzo stipulato, e si dovrà, come pretende il Duranton, il credito del prezzo, quanto all' esercizio del privilegio, diminuire di tanta somma, quanta corrisponda alla quantità di dette spese? Qualunque siano gli elementi che hanno servito di norma nel fissare il prezzo, non può in alcuna maniera esser lecito restringere il privilegio ad una somma minore della quantità del prezzo stipulato, essendo in termini assoluti e generali accordato al venditore il privilegio pel pagamento del prezzo. Ma quando il venditore sostiene volontariamente le spese del contratto che furono lasciate a carico del compratore nella scrittura del contratto, il credito che ne resulta a favore dello stesso venditore, sebbene repetibile coll' azione *ex vendito,* è un titolo di giusta indennità diverso e distinto dal prezzo, al quale perciò non può estendersi il privilegio al prezzo attribuito. In quest' ultimo caso a me pare potersi fare eccezione solamente riguardo alle spese della trascrizione anticipate dal venditore, e ciò perchè giusta l'articolo 2108 il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compra-

tore, e la trascrizione del contratto tiene luogo d' inscrizione pel venditore. Siccome le spese della inscrizione, addossate dall' articolo 2155 a carico del debitore, sono considerate un accessorio del credito e collocate nello stesso grado del capitale (1), per la stessa ragione quelle della trascrizione, la quale pel venditore produce gli stessi effetti della inscrizione, dovranno nello stesso grado del prezzo graduarsi con privilegio.

309. L'articolo 2103 accorda al venditore il privilegio *sopra l' immobile venduto.* È fuori di dubbio che tutte le cose mobili aggiunte all' immobile venduto e divenute per ciò immobili rimangono colpite dal privilegio del venditore, e su ciò non è mestieri ripetere ciò che fu detto nel primo volume, allora che si parlò delle cose che cadono sotto il privilegio, a cui sono sottoposti gl' immobili (2). Non vuolsi però qui tacere che i miglioramenti e i decrementi, a cui andò soggetto l' immobile venduto, non alterano i diritti di privilegio al venditore competenti. Il Pothier dopo di avere stabiliti i principj, che il pegno si estingue quando perisce e si estingue la materia, ossia il soggetto del pegno, e che il cambiamento di specie, ossia la specificazione, si equipara alla estinzione della cosa, ed eguale effetto produce, soggiunge: « Quod si rei pignoratæ potius aliquid accessit aut decessit, quam ipsa in aliam speciem transiit; pignus durat (3). » La L. 16, § 2, D. *De pign. et hyp.*, dà una luminosa conferma della massima insegnata dal Pothier: « Si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecæ, et horto facta. Item si de loco convenit, et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis. » La stessa L. 16, pr., in conferma di detta massima, reca l' esempio delle alluvioni, ossia delle unioni di terra ed incrementi che formansi successivamente ed impercettibilmente ne' fondi posti lungo le rive de' fiumi o riviere: « Si fundus hypothecæ datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur. » Alla alluvione la L. 18, § 2, D. *De pignor. act.*, parifica il gius di usufrutto che si accresce alla proprietà data in pegno: « Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis. » Molti altri esempj

(1) Persil, art. 2155, n. 1.
(2) Pag. 60, n. 63, art. 2099.
(3) Pand., lib. 20, tit. 6, sect. 3, n. 12 e 13.

potrei recare tratti dalle Romane Leggi; ma i pochi allegati bastano a dimostrare essere verissima la sentenza del Pothier, che cioè i decrementi patiti dalla cosa data in pegno non alterano il gius del creditore, e che il pegno si estende a tutto ciò che per diritto di accessione fu unito alla cosa. Questi principj furono confermati dal Codice Napoleone, il quale nell' articolo 2133 dichiara che l' ipoteca acquistata si estende a tutti i miglioramenti sopravvenuti nell' immobile ipotecato. E questa massima è applicabilissima al privilegio del venditore (1), e generalmente ai privilegi sugli immobili, perchè i privilegi sugli immobili, come si notò a suo luogo (2), hanno tutti i caratteri essenziali della ipoteca, e altro non sono che ipoteche privilegiate.

310. Quando vi è concorso di più ipoteche, la priorità del tempo è la misura del grado a ciascuna competente giusta la regola del Romano Diritto, confermata dall' articolo 2134, *qui prior est in tempore, est potior in jure*. Al contrario fra i creditori privilegiati la preferenza, siccome prescrivono gli articoli 2096, 2097, viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi, e i creditori privilegiati che sono nel medesimo grado sono pagati in proporzione eguale. Se vi saranno più vendite successive dello stesso immobile, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, sebbene in apparenza i diversi venditori abbiano pel prezzo non pagato lo stesso privilegio, ciò nullameno non si potrebbe senza ingiustizia applicare la regola del contributo stabilita dal citato articolo 2097. Suppongasi che Tizio venda il fondo B a Cajo rimanendo creditore del prezzo. Se Cajo venderà dopo lo stesso fondo a Paolo, vuole giustizia che, aprendosi un giudizio di concorso sul detto fondo in odio dell' ultimo compratore Paolo, il privilegio di Tizio sia preferito a quello di Cajo. Imperocchè lo stesso Cajo, che reclama come venditore il privilegio, è esso medesimo debitore del prezzo dovuto al primo venditore Tizio. Ma supponiamo il caso anche di tre vendite successive, e quindi che Paolo secondo compratore abbia venduto lo stesso fondo a Sempronio, restando o in tutto o in parte creditore del prezzo. In questo supposto è verissimo che Paolo non è debitore del prezzo verso il primo venditore Tizio, da cui non ha causa immediata, è però certo d'altra parte che il fondo passò da Cajo

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 158. Persil, art. 2103, § 1, n. 8.
(2) Vol. 1, pag. 30, n. 27, art. 2095.

a Paolo gravato già del privilegio a favore del primo venditore Tizio. Quando Cajo vende il fondo a Paolo, si verifica pienamente ciò che nella L. 67, D. *De contr. emt.*, dice Pomponio: « Alienatio cum fit, *cum sua causa* dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset. » Paolo, finchè rimase nel possesso del fondo vendutogli da Cajo, nella sua qualità di terzo possessore poteva essere molestato con azione ipotecaria dal creditore privilegiato Tizio, ed era esposto a tutte le legali conseguenze di detta azione. Ora perchè Paolo ha venduto il fondo a Sempronio, potrà contendere di prelazione con Tizio, da cui poteva essere citato con azione ipotecaria prima della vendita fatta a Sempronio? È principio incontrastabile di Giurisprudenza che *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat.* Cajo, che comprò da Tizio, vendendo a Paolo aliena una cosa gravata già di privilegio a favore di Tizio, e Paolo secondo compratore non può acquistare sul fondo maggiori diritti di quelli che vi aveva il suo venditore Cajo. Per la stessa ragione quando Paolo vende a Sempronio, aliena un fondo ch'egli stesso avea ricevuto dalle mani di Cajo gravato di privilegio a favore di Tizio, e che senza pregiudizio del privilegio dello stesso Tizio era rimasto altresì gravato di privilegio a favore di Cajo. Il privilegio dunque di Paolo non può radicarsi sul fondo in pregiudizio dei privilegi preesistenti, spettanti a Tizio e a Cajo a carico già dello stesso Paolo. Se Cajo non può contrastare la prelazione al privilegio di Tizio suo immediato creditore, se Paolo non può esercitare il suo privilegio in pregiudizio del privilegio di Cajo, da cui ha causa immediata, è consentaneo non solo all'equità, ma altresì alla rigorosa giustizia, che nascendo un conflitto di prelazione fra Tizio, Cajo e Paolo, il privilegio di Tizio sia anteposto a quello di Cajo, e quello di Cajo al privilegio di Paolo. La disposizione pertanto della seconda parte del § 1 dell'articolo 2103, la quale stabilisce che essendovi più vendite successive il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo e così progressivamente, è fondata sulle regole della rigorosa giustizia.

311. Sarebbe ora da dire dell'azione risolutoria accordata dal Codice Napoleone al venditore. Siccome però il difetto gravissimo di questa azione è la sua incompatibilità col sistema di pubblicità, a cui furono assoggettati i privilegi sugli immobili,

così è meglio parlarne dopo che avremo discorso dei modi, onde il venditore conserva il suo privilegio.

312. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1972, n° 1°, e il Codice di Parma nell'articolo 2147 accordano al venditore sull'immobile venduto lo stesso privilegio che gli attribuisce l'articolo 2103 del Codice Napoleone.

313. Si disse più sopra (1) che il privilegio accordato dall'articolo 2103 del Codice Napoleone al venditore sopra l'immobile venduto non si può estendere nè al permutante, nè al donatore. Maggiore estensione ha dato a questo privilegio il Codice di Sardegna, il quale nell'articolo 2158, n° 2°, annovera tra i creditori privilegiati sopra gli immobili *il venditore od altro alienante sopra gl'immobili alienati,* per il prezzo, o per la rifatta in caso di permuta, e per l'esecuzione de' pesi imposti nell'atto *di alienazione.* Il vocabolo *alienazione*, di cui fa uso il Codice di Sardegna, è tanto diverso dalla vendita, quanto il genere dalla specie. Paolo nella L. 28, D. *De verbor. signif.*, del generale significato della parola *alienazione* fa non dubbia fede: « *Alienationis* verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. » La differenza tra l'*alienazione* e la *vendita* è chiaramente nella L. 67, D. *De verbor. signif.*, accennata da Ulpiano: « Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicetur. » Finalmente la L. 1, C. *De fundo dot.*, dà un' esattissima definizione della alienazione, la quale abbraccia qualunque traslazione di dominio: « Est *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur. »

314. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj dando la maggiore estensione possibile al privilegio che il Codice Napoleone restringe al solo venditore, annovera, come fa il Codice di Sardegna or ora citato, nel § 83, n° 3°, tra i privilegi sopra gli immobili quello del venditore o di qualunque altro *alienante* a titolo oneroso o lucrativo sopra l'immobile venduto o *alienato* pel suo credito del totale o del residuo di prezzo, e per l'adempimento delle convenzioni stipulate nell'atto di vendita o *alienazione.* La Legge Pontificia nel citato § 83, n° 2°, aggiunge un altro privilegio non contemplato dal Codice

(1) N. 301, pag. 11 e n. 303, pag. 14.

Napoleone, quello cioè del padrone diretto sull'utile dominio del fondo enfiteutico pel suo credito dei canoni dovuti dall'enfiteuta, e per le altre obbligazioni risultanti dal contratto. Il privilegio accordato al padrone diretto dalla Legge Pontificia non è che un omaggio reso al diritto di dominio diretto spettante allo stesso padrone diretto. Imperocchè i creditori, o siano privilegiati od ipotecarj, non devono esercitare sui beni del loro debitore maggiori diritti di quelli che vi ha lo stesso debitore. Essendo pertanto il dominio spettante all'enfiteuta sui beni livellarj un dominio utile e meno pieno, soggetto all'onere del pagamento del canone e di altre condizioni, è giusto che i creditori del livellario non possano aver diritto di venir pagati col prezzo dei beni enfiteutici, se non soddisfatti prima i pesi inerenti alla natura del dominio al debitore spettante sui detti beni. Anche il Diritto Romano, come risulta dalla L. 15, D. *Qui pot. in pign.*, accorda nel caso di fondi superficiarii il diritto di prelazione al padrone del suolo: « Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest: ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. » La L. 16, § 2, e la successiva L. 17, D. *De pignorat. act.*, confermano la stessa massima: « Etiam vectigale prædium pignori dari potest. Sed et superficiarium.... Sane Divi Severus et Antoninus rescripserunt, ut sine deminutione mercedis soli obligaretur. » Nè i creditori dell'enfiteuta possono dolersi di questo privilegio o diritto di prelazione accordato al direttario, perchè altrimenti le loro ipoteche o privilegi svaniscono, come risulta dalla L. 31, D. *De pignor. et hyp.*, se il direttario domanda la devoluzione del fondo, intimata all'enfiteuta la caducità: « Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, *fundum secundum legem domini esse*: cujus potior causa esset? Respondit, si (ut proponeretur) vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. »

315. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda esso pure nell'articolo 17, n° 5°, un privilegio speciale al venditore sul fondo alienato per il pagamento del prezzo, *ancorchè manchi nel contratto il riservo del dominio.* La quale dichiarazione *ancorchè manchi* ec., a me pare superflua, perchè il diritto di privilegio che si risolve in una ipoteca privilegiata, è non solo diverso dal gius di dominio, ma anzi col medesimo in-

compatibile, essendo la ipoteca ed il privilegio un diritto reale costituito sopra beni altrui vincolati per la soddisfazione d' una obbligazione. Aggiunge inoltre il detto articolo 17, n° 5°, del Motuproprio Toscano, che se il riservo del dominio fu stipulato, qualunque sia la formula della stipulazione, non opera mai effetti maggiori o diversi dell' accordato privilegio, quando riguarda eventi e casi di mancanza del compratore al pagamento del prezzo. Il detto articolo 17, n° 7°, del Motuproprio Toscano accorda altresì un privilegio speciale al padrone diretto sopra l' utile dominio dei beni livellari, ed al locatore sui beni dati a lungo tempo per il canone, e respettivamente per la mercede convenuta dell' annata corrente, e delle due immediatamente precedenti. Accordando il Motuproprio Toscano al locatore che stipulò un affitto a lungo tempo lo stesso privilegio concesso al padrone diretto, ha seguíta la opinione di quegli Interpreti, che parificano l' affitto a lungo tempo alla enfiteusi. Per quanto sia lungo il tempo convenuto nell' affitto, non operandosi alcuna traslazione di dominio nè pieno nè meno pieno, io non so il perchè debba l' affitto lungo uguagliarsi all' enfiteusi, nella quale l' enfiteuta acquista l' utile dominio. Dice infatti il Vinnio (1), che la enfiteusi deve desumersi non già dal tempo, ma dalla natura dell' atto: « Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, et ex eo, quod actum est. Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii. » Per ciò pare a me molto savia la disposizione dell' articolo 1645 del nuovo Codice Estense, il quale stabilisce che le locazioni degli stabili non possono stipularsi per un tempo eccedente gli anni trenta.

316. Il Progetto Vatimesnil accordava nell' articolo 2104 al venditore e a quelli che somministrarono il denaro per l' acquisto di un immobile lo stesso privilegio che loro attribuisce l' articolo 2103 del Codice Napoleone; ma estendeva altresì il privilegio ai permutanti ed al donatore. Quanto ai permutanti, il privilegio era accordato per due titoli, 1° per la somma convenuta a conguaglio nel contratto di permuta; 2° per l' indennità eventuale stipulata dall' uno o dall' altro dei contraenti, od anche da tutti e due pel caso possibile e previsto della evizione. Secondo l'articolo 1705 del Codice Napoleone il permutante, il quale ha

(1) Instit., lib. 3, tit. 25, § 3, alle parole *De prædiis, quæ traduntur*.

sofferta l' evizione della cosa ricevuta in permuta, può a suo arbitrio dimandare la rifusione de' danni ed interessi, o ripetere la sua cosa. Il Progetto Vatimesnil sopprimeva una di queste azioni competenti al permutante, quella cioè colla quale si ripete la cosa, e in luogo di quest' azione garantiva con un privilegio l'altra, colla quale si domanda la rifusione dei danni ed interessi, e quindi all' azione soppressa sostituiva un privilegio. Con molta ragione il lodato Progetto accordava un privilegio all' azione, onde il permutante che ha sofferta evizione dimanda la rifusione de' danni ed interessi, in luogo e in compenso della abrogazione dell' azione concessa dal Codice Napoleone per ripetere la cosa. Imperocchè nel contratto di permuta vi ha due interessi del pari rispettabili e meritevoli di protezione e di favore, l' interesse cioè del permutante che soffre evizione e che ha bisogno e diritto di essere indennizzato, e l' interesse del credito fondiario. L' azione concessa dal Codice Napoleone al permutante che ha sofferta l' evizione della cosa ricevuta in permuta per ripetere la cosa data, se è utile allo stesso permutante, è dall' altra parte fatalissima al credito fondiario. Imperocchè i permutanti che si trovano sotto la minaccia di detta azione sono nella impossibilità di ipotecare l' immobile ricevuto in permuta. E infatti finchè vi è il pericolo della evizione, ciascuno dei permutanti può temere che gli sia ritolta dall' altro la cosa ricevuta in permuta, e che di conseguenza svaniscano tutte le ipoteche da esso costituite. Qual creditore può tranquillamente accettare in ipoteca un fondo che il suo debitore acquistò a titolo di permuta, mentre da un momento all' altro questo fondo può essere ritolto al debitore dall' altro permutante che ha sofferta l' evizione della cosa ricevuta in permuta, e rimanere per ciò estinta la costituita ipoteca in forza di un diritto occulto che si manifesta coll' esercizio dell'azione, onde il permutante ripete la cosa sua? Per conciliare questi due interessi, degni egualmente di protezione, del permutante cioè e del credito fondiario, il Progetto Vatimesnil, soppressa l' azione che il Codice Napoleone accorda per ripetere la cosa, dava al permutante che patì evizione il privilegio nei seguenti termini: « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

1° Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix ;

2° Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble etc.

3° Les co-permutants, sur les immeubles réciproquement échangés, pour le payement des soultes et retours, et aussi pour celui de la somme fixe qui serait déterminée par l'acte à titre de dommages et intérêts, dans le cas d'éviction (1). »

Per giustificare questo privilegio accordato all' azione, onde i permutanti, verificandosi la evizione, dimandano la rifusione dei danni ed interessi, il Relatore della Commissione Vatimesnil nella seduta del giorno 11 dicembre 1850 faceva il seguente ragionamento. O al momento del contratto di permuta vi sarà qualche timore di evizione, o no. Quando vi sarà il pericolo o il timore della evizione, si stipulerà dai permutanti una indennità, la quale rimarrà garantita dal privilegio. Se non vi sarà alcuna evizione a temere, allora non si stipulerà alcuna indennità, e non vi sarà quindi alcun privilegio a carico dei fondi permutati. Nel primo caso il fondo gravato dal privilegio, onde è assicurata al permutante la stipulata indennità, non si potrà ipotecare, ma almeno il privilegio sarà conosciuto dai terzi mediante la inscrizione, e si potrà anche dare in ipoteca quando la indennità stipulata sia minore del valore reale del fondo. Nel secondo caso mancando qualunque stipulazione d' indennità e quindi il privilegio, il fondo permutato potrà liberamente darsi dal permutante e accettarsi dai terzi in ipoteca senza pericolo (2).

Il deputato Bouzique proponeva al citato articolo 2104 del Progetto Vatimesnil il seguente emendamento:

« Les créances privilégiées sur les immeubles sont etc.

3° Les co-permutants, sur les immeubles réciproquement échangés, soit pour les soultes et retours, soit, dans le cas d'éviction, pour la somme fixe qui serait déterminée par l'acte à titre de dommages-intérêts, ou, si cette détermination n'a pas eu lieu, pour une somme égale à la valeur estimative qui aura servi de base à l'enregistrement.

Hors le cas où une somme fixe aurait été déterminée par l'acte à titre de dommages-intérêts, l'extinction du privilège pour le cas d'éviction sera, à défaut de consentement, prononcé par

(1) Moniteur Univ., 26 avril 1850, n. 116.
(2) Moniteur, 12 décemb. 1850, n. 346.

les tribunaux après dix années de la transcription de l'échange, à moins qu'il n'existe alors juste sujet de craindre une action hypothécaire ou en revendication (1). »

Il deputato Bouzique confessava esso pure che l'azione concessa dal Codice Civile al permutante, che ha sofferta l'evizione della cosa ricevuta in permuta, per ripetere la cosa sua, è funesta al credito fondiario. Imperocchè nè il possessore di un fondo che fu alienato a titolo di permuta è mai sicuro del suo possesso, potendo ogni ora il permutante che patì evizione rivendicare il fondo dato, nè le ipoteche costituite su di un fondo ricevuto dal debitore in permuta di altro fondo possono offrire una efficace garanzia ai creditori, come quelle che svaniscono *ipso jure* e perdono ogni loro forza, qualunque volta il permutante che patì evizione ripete e rivendica la cosa propria. Vatimesnil e Bouzique erano concordi nell' idea di dovere conciliare i due opposti interessi del permutante che soffre evizione, e del credito fondiario; ma non s' accordavano interamente nella scelta del temperamento atto ad operare la desiderata conciliazione. Vatimesnil dava un privilegio al permutante che patì evizione sì veramente che nel contratto di permuta fosse stata stipulata una somma determinata da pagarsi a titolo d' indennità. Bouzique voleva che il privilegio fosse accordato al permutante non solo nel caso della stipulazione anzidetta, ma anche quando i contraenti nel contratto di permuta aveano conservato il silenzio sulla indennità eventuale da prestarsi nel caso di verificata evizione. Bouzique, senza escludere il privilegio Vatimesnil dipendente dalla stipulazione di una somma determinata da pagarsi a titolo di indennità verificandosi il caso della evizione, accordava un privilegio tutto legale e indipendente da qualsiasi convenzione all' azione competente al permutante per dimandare la rifusione dei danni ed interessi. Se non che il privilegio dato da Bouzique al permutante indipendentemente da qualunque stipulazione de' contraenti non era illimitato quanto alla sua durata, ma avea effetto per soli dieci anni, a capo dei quali, non v' essendo un giusto timore di evizione, il possessore del fondo gravato del privilegio poteva domandare al tribunale la cancellazione della iscrizione.

Io credo che il sistema proposto da Bouzique fosse da preferirsi a quello del Progetto Vatimesnil. Imperocchè togliendosi

(1) Moniteur, 12 décemb. 1850, n. 346.

al permutante, che patì evizione, l'azione accordatagli dal Codice Civile per ripetere la cosa sua, azione del resto fatalissima, come si disse, al credito fondiario, era giusto che l'unica azione al medesimo lasciata per domandare la rifusione dei danni ed interessi fosse resa efficace e sicura colla garanzia di un privilegio indipendente da qualunque stipulazione delle parti. Imperocchè se senza bisogno di una speciale stipulazione il permutante, che ha sofferta l'evizione della cosa ricevuta in permuta, ha diritto di dimandare la rifusione de' danni ed interessi, perchè non potra e non dovrà essere la relativa azione privilegiata, mentre la valutazione del privilegio si può fare nella nota dell' inscrizione nel modo prescritto dall' articolo 2148 rispetto ai crediti e diritti eventuali o indeterminati? Penso altresì fosse ottimo il pensiero di Bouzique di limitare la durata del privilegio ad un tempo determinato decorribile dalla trascrizione. Imperocchè il privilegio accordato senza alcun limite di tempo ha pel credito fondiario quasi gli stessi inconvenienti che ha l'azione concessa dal Codice Napoleone al permutante che ha sofferta evizione per ripetere la cosa sua, azione in surrogazione della quale il Progetto Vatimesnil avea introdotto il privilegio. In fatti il detto privilegio concesso senza alcun limite di tempo peserebbe continuamente sui fondi permutati, finchè vi fosse non dirò il pericolo, ma la possibilità di una evizione, e quindi il possessore si troverebbe per un tempo indeterminato nella impossibilità di ipotecare i medesimi fondi gravati di un onere di sua natura preferibile a qualunque ipoteca. Piacque altrimenti all' Assemblea legislativa della Repubblica Francese, la quale nella seconda deliberazione, respinto l'emendamento Bouzique, approvò pienamente il privilegio accordato ai permutanti dal Progetto Vatimesnil. Se non che l'Assemblea Francese adottò il detto privilegio, non già in surrogazione dell' azione che il Codice Civile dà al permutante che patì evizione per ripetere la cosa sua, azione che il Progetto Vatimesnil voleva interamente soppressa, ma come un diritto assoluto e indipendente dalla conferma o soppressione di detta azione, intorno alla quale l'Assemblea stessa si riservò di deliberare allora che sarebbesi discusso il punto importantissimo, se o no convenisse abolire l'azione risolutoria che il Codice Napoleone accorda al venditore non soddisfatto del prezzo (1).

(1) Moniteur, 12 décemb. 1850, n. 346.

Quanto poi ai donatori, il Progetto Vatimesnil accordava il privilegio nel nº 4º del detto art. 2104, nei seguenti termini:

4º « Le donateur ou la personne en faveur de laquelle la donation contiendrait une stipulation, conformément à l'art. 1121, sur l'immeuble donné pour l'exécution des conditions de la donation, pourvu que ces conditions consistent dans le payement d'une somme fixe ou soient évaluées par l'acte. »

Questo privilegio accordato al donatore fu dall' Assemblea adottato senz' alcuna discussione.

317. Il Codice di Modena accorda esso pure nell' articolo 2139 il privilegio non solo al venditore, e a quelli che hanno somministrato denaro per l' acquisto d' uno stabile, ma altresì ai permutanti, e al donante nei seguenti termini:

« *I creditori privilegiati sopra gli stabili sono:*

1º *Il venditore sopra il fondo venduto pel pagamento del prezzo;*

. . . .

3º *I permutanti sugli stabili datisi in cambio per l' evizione e pel conguaglio del prezzo;*

. . . .

6º *Il donante sopra i beni donati per la esecuzione delle condizioni della donazione, allorchè queste condizioni consistono nel pagamento di una somma determinata nell' atto della donazione medesima.* »

Il Codice di Modena accorda ai permutanti il privilegio non solo pel conguaglio del prezzo, ma altresì per l' evizione senza bisogno che nessuna somma sia stipulata a titolo di emenda di danni nel contratto di permuta, e in ciò il privilegio del Codice di Modena s' accorda coll' anzidetto emendamento del deputato francese Bouzique, salvo che il Codice di Modena non limita il privilegio a un tempo determinato. È però da avvertirsi che il privilegio non è concesso dal Codice di Modena ai permutanti in surrogazione dell' azione di rivendicazione, come voleva il Progetto Vatimesnil, il quale sostituiva appunto il privilegio alla soppressa azione di rivendicazione. Non ostante il detto privilegio, il permutante, che ha sofferta l' evizione della cosa ricevuta in permuta, può secondo l' articolo 1606 del Codice di Modena a suo arbitrio domandare i danni ed interessi, o recuperare la cosa data. La quale facoltà lasciata dal detto articolo 1606

al permutante è di non piccolo pregiudizio al credito fondiario, perchè qualora il permutante scelga di recuperare la cosa, la riprende libera da tutti i carichi e dalle ipoteche di cui l' altro permutante o il terzo possessore l' avesse aggravata.

Quanto al privilegio accordato dal Codice di Modena al donatore, c' insegna Giustiniano (1) che possono essere oggetto di una stipulazione tanto le cose quanto i fatti: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. » Perciò anche le condizioni imposte dal donante al donatario possono essere o di dare, o di fare o di non fare. La L. 22, C. *De donat.*, fornisce un esempio di una donazione fatta coll'onere imposto al donatario di pagare una somma di denaro: « Cum res filio tuo emancipato ea conditione, *ut creditoribus tuis solveret*, te donasse proponas. » Anche la L. 1, C. *De donat. quæ sub modo*, reca l'esempio di una donazione fatta col carico di somministrare gli alimenti al donatore: « Si doceas, ut affirmas, nepti tuæ ea lege esse donatum a te, *ut certa tibi alimenta præberet.* » Il Codice di Modena non accorda al donatore il privilegio per garanzia di un onere qualunque addossato al donatario, ma semplicemente per la esecuzione di quelle condizioni, le quali consistono nel pagamento di una somma di denaro. Se le condizioni consistono nel fare o nel non fare od anche nel dare una cosa, che non sia una somma o quantità di denaro, il donante non ha diritto ad alcun privilegio. La L. 72, D. *De verbor. obl.*, insegna che anche le obbligazioni di fare o di non fare quando siano ineseguite danno diritto al creditore all'emenda dei danni ed interessi da pagarsi in denaro: « Celsus refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, *pecuniam dari oportere*; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, justa æstimatione facti dandam esse petitionem. » Quando il debitore non dà o non fa quello a cui si è obbligato, il creditore ha sempre diritto all' emenda dei danni ed interessi. Egli è per ciò che giusta l' insegnamento della L. 103, D. *De verbor. obl.*, non possono essere oggetto di una stipulazione le cose che non sono capaci di valore e di stima: « Liber homo in stipulatum deduci non potest; quia nec dari oportere intendi, nec æstimatio ejus præstari potest. » Per evitare la prova difficile della liquidazione dei danni ed inte-

(1) Instit., lib. 3, tit. 16, § 7.

ressi Giustiniano (1) suggerisce e consiglia di stipulare una somma determinata da pagarsi a titolo di pena dal debitore: « Et hujusmodi stipulationibus (cioè le stipulazioni che hanno per oggetto i fatti) optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. » Se pertanto un donatore, che impone al donatario l'obbligo di fare o di non far qualche cosa, stipulerà nell'atto della donazione una somma determinata che il debitore dovrà pagare a titolo di emenda di danni ed interessi, avrà secondo il Codice di Modena per garanzia di questa somma il privilegio, che l'articolo 2139, nº 6º, accorda al donante sopra i beni donati? Io credo che al donante non si possa in questo caso negare il privilegio. Imperocchè quando la somma da pagarsi a titolo di emenda di danni ed interessi è determinata nello stesso atto della donazione, la condizione addossata al donatario si risolve effettivamente nel pagamento di questa somma.

2. *Quelli che hanno somministrato danaro per l' acquisto d' un immobile.*

318. La L. 17, C. *De pignor. et hyp.*, stabilisce chiaramente che chi somministrò i denari per l'acquisto di un immobile non ha sull'immobile stesso alcun diritto d'ipoteca, se questa non fu espressamente stipulata: « Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium: tamen, nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud Præsidem petere non prohiberis. » Se però la ipoteca a favore di colui che prestò i denari per l'acquisto fu espressamente stipulata, una tale ipoteca derivante da una esplicita convenzione godeva per favore di legge, e precisamente della L. 7, C. *Qui pot. in pign.*, il diritto di prelazione alle altre ipoteche anteriori di tempo, ed acquistava perciò il carattere di ipoteca privilegiata: « Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores; tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. » E qui non vuolsi tacere, che alcuni Interpreti antichi e moderni confondendo l'ipoteca col diritto di prelazione hanno da questa L. 7 erroneamente dedotto che per Gius

(1) Instit., lib. 3, tit. 16, § 7.

Romano chi somministra i denari per l'acquisto di un immobile ha una tacita e legale ipoteca sul fondo comprato. Le chiare parole della detta L. 7, *quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit,* bastano a mostrare con tutta evidenza l'errore di questi Interpreti, a confutazione dei quali citerò altresì l'autorità somma del Vinnio, il quale per dare a vedere come il diritto di prelazione accordato dalla legge ad alcune ipoteche non deve confondersi col diritto stesso d'ipoteca, che in molti casi deve derivare dalla espressa convenzione delle parti, allega l'esempio appunto di cui la detta L. 7, C. *Qui pot. in pign.,* fa menzione: « Et sic ob eamdem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; sed non aliter, quam si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventione (1). » La massima, giusta la quale il fondo comprato coi denari somministrati da un terzo non resta vincolato a tacito pegno a favore del somministratore, era spinta a tal punto e rigore, che la L. 20, C. *De distract. pign.,* decide che il debitore non ha alcun diritto di pegno sul fondo comprato dal creditore pignoratario coll'avanzo del prezzo ricavato dalla vendita del pegno: « Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore majore, quam ei debebatur, pretio distractis; licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est, pignoratitia de superfluo competit actio. » Alla detta massima però generale, secondo la quale la persona, coi cui danari fu comprato un fondo, non avea alcun diritto d'ipoteca sul fondo stesso se questa non era espressamente stipulata, faceva eccezione il Diritto Romano in favore dei pupilli, ai quali era accordata una tacita ipoteca sul fondo coi loro danari acquistato (2). La quale ipoteca accordata al pupillo era altresì una ipoteca privilegiata, che godeva prelazione a qualunque altra ipoteca anteriore. Ciò risulta in modo non dubbio dalle Leggi 5 e 7, D. *Qui pot. in pignore.* Nella prima delle citate Leggi Ulpiano stabilisce il principio, che vi hanno alcune ipoteche privilegiate, le quali sono preferite per uno speciale favore di legge alle anteriori, *interdum posterior potior est priori,* e nella L. 7, ai varii esempj recati nelle antecedenti Leggi 5 e 6 di ipoteche privilegiate ag-

(1) Select. Jur. Quæst., lib. 2, cap. 4.
(2) Pothier, Pand., lib. 20, tit. 20, art. 1, n. 3.

giunge quella del pupillo, coi denari del quale fu acquistata una cosa: « Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quæ in pretium rei fuerint expensæ. » Che anzi dalla L. 3, D. *De reb. eor. qui sub tut.*, si raccoglie che il pegno sussiste a favore del pupillo, sebbene l'acquirente della cosa acquistata coi denari di lui sia un altro pupillo: « Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cujus pecunia fundus sit emtus? Et magis est, ut salvum sit jus pignoris (secundum Constitutionem Imperatoris nostri, et D. patris ejus) ei pupillo, cujus pecunia comparatus est fundus. »

319. Questi sono i principj della Romana Giurisprudenza riguardanti i diritti di coloro che somministrarono i denari per l'acquisto di un fondo. Maggiori sono i diritti che loro accorda il Codice Napoleone. Imperocchè mentre il Diritto Romano si limitava ad attribuire, tranne il caso eccezionale del pupillo, il diritto di prelazione alle ipoteche anteriori a favore della persona coi denari della quale fu comprata una cosa, sì veramente che fosse dalla convenzione delle parti stata stipulata l'ipoteca sulla cosa acquistata; l'articolo 2103 del lodato Codice accorda a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile lo stesso privilegio che pel prezzo non pagato è concesso al venditore.

Affinchè però il privilegio competa a chi ha somministrato il danaro per l'acquisto d'un immobile, il citato articolo 2103 n° 2° due condizioni richiede. Primieramente è necessario che nell'atto d'imprestito, il quale deve essere autentico, sia indicata la destinazione della somma data a prestito. È mestieri in secondo luogo che dalla ricevuta del venditore, che deve essa pure essere autentica, costi che il pagamento del prezzo fu in realtà eseguito coi denari a tal fine somministrati dal sovventore. Non è nuovo che all'atto dell'imprestito possa il somministrante indicare e prescrivere l'impiego a cui la somma deve essere destinata. Infatti Ulpiano nella L. 7, D. *De reb. cred.*, stabilisce per massima generale che nelle somministrazioni o prestiti di denaro sono permessi tutti i patti e le condizioni lecite nelle stipulazioni: « Omnia, quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi

pecuniæ; et ideo et conditiones. » E lo stesso Ulpiano nella L. 4, pr. dello stesso titolo, reca il caso di uno che deposita presso un terzo una somma da impiegarsi nell'acquisto di un fondo che il depositario era in animo di acquistare: « Atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habeat, deposuerit apud te eamdem pecuniam, *ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses.* »

320. Il privilegio accordato dall'articolo 2103 n° 2° a chi somministrò i danari per l'acquisto di un immobile è lo stesso privilegio attribuito dallo stesso articolo 2103 n° 1° al venditore pel pagamento del prezzo, e dal confronto dell'articolo 2103 n° 2° coll'articolo 1250 n° 2° si può dedurre che il sovventore dei danari da impiegarsi nell'acquisto di un fondo è come surrogato al privilegio del venditore. E di vero il citato articolo 1250 n° 2°, ove è contemplato il caso del subingresso convenzionale, il quale si opera senza il concorso della volontà del creditore, dichiara che quando il debitore prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore, ha luogo il subingresso convenzionale, e che per la validità di tale surrogazione è duopo che la scrittura di prestito e la quietanza si facciano avanti Notaro, che nella scrittura di prestito si dichiari che la somma fu presa ad imprestito per fare il pagamento, e che nella quietanza pure si dichiari che il pagamento è stato fatto con i denari a tale effetto somministrati dal nuovo creditore.

Se così è, potrebbe dirsi che era inutile la disposizione del n° 2° dell'articolo 2103, se chi somministra i danari per l'acquisto di un immobile può ottenere la surroga nel privilegio dello stesso venditore all'appoggio del n° 2° del citato articolo 1250. È verissimo che le citate disposizioni degli articoli 1250 e 2103 hanno tra loro strettissima relazione, ma è certo altresì che il n° 2° dell'articolo 1250 è solo applicabile al caso, in cui il contratto di somministrazione sia posteriore alla vendita, e il compratore sia già debitore del prezzo. Ivi infatti è contemplato il caso del debitore che prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Al contrario il n° 2° dell'articolo 2103 riguarda principalmente il caso di una somministrazione fatta *per l'acquisto di un immobile,* ossia di una somministrazione anteriore alla

vendita (1), sebbene possa altresì applicarsi al caso di una somministrazione posteriore al contratto di vendita, quando si verifichino le condizioni ivi prescritte.

321. O sia la somministrazione fatta anteriormente o posteriormente alla vendita, affinchè il sovventore goder possa del privilegio accordatogli dall' articolo 2103 n° 2°, non basta che sia indicato in termini generali che la somministrazione è fatta per l' acquisto d' un immobile, ma è necessario che sia nell' atto autentico della somministrazione con precisione e certezza indicato l' immobile o acquistato o da acquistarsi, al pagamento del quale la somministrazione stessa deve servire. Deve essere infatti comprovato autenticamente con l'atto d'imprestito giusta la chiarissima disposizione dell' articolo 2103, che la somma era destinata *a tale impiego* (2).

322. L' autenticità degli atti, a cui accenna il n° 2° dell' articolo 2103, è voluta dalla legge affine di impedire le frodi che potrebbonsi commettere in danno degli altri creditori. Reputa la legge degno dello stesso favore accordato al venditore chi somministra i denari per l' acquisto d' un fondo, ma vuole altresì essere sicura che i denari somministrati siano destinati all' acquisto di un determinato fondo, e che a tale destinazione sia data cogli stessi denari esecuzione. Ottiene la legge il suo intento colla autenticità sì dell' atto d' imprestito come della ricevuta del venditore (3). Nè all' autenticità dei detti atti voluta dall' articolo 2103 n° 2°, il quale in ciò s' accorda col già citato articolo 1250 n° 2°, potrebbesi supplire con una privata scrittura avente data certa e registrata. Imperocchè essendo la scrittura privata, contuttochè riconosciuta e registrata, diversa dall' atto autentico, il quale giusta l' articolo 1317 è ricevuto da pubblici officiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui fu esteso, e colle solennità richieste, non può mai esser lecito sostituire l' una all' altro, quando la legge, come fa nell' articolo 2103, dall' autenticità dell' atto fa dipendere la esistenza di un diritto da essa concesso. Non vuolsi però lasciar di notare che la legge vuole semplicemente l' autenticità di due atti, del prestito cioè e della ricevuta del venditore, come quelli che devono far fede dell' impiego a cui

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 174.
(2) Persil, art. 2103, § 2, n. 2.
(3) Troplong, art. 2103, n. 231.

la somma era destinata, e del pagamento del prezzo effettuato coi denari somministrati. Quanto all' atto di vendita, la legge non domanda l' autenticità della scrittura, la quale per ciò può essere fatta, come permette l' articolo 1582, o in forma autentica o privata (1). Risulta chiaramente dall' articolo 2103 n° 2°, che l' imprestito può esser fatto o prima o dopo l' acquisto od anche nell' atto istesso. Se è fatto prima o dopo l' acquisto, allora il contratto di vendita può essere fatto a piacere delle parti o per atto autentico o per iscrittura privata, essendo due atti separati e distinti la somministrazione e la vendita. Ma se l' imprestito viene fatto nell' atto stesso della vendita, o pure se nell' atto stesso della vendita viene fatto il pagamento del prezzo coi denari somministrati; in tal caso l' atto di vendita deve essere necessariamente autentico, e ciò perchè l' atto d' imprestito ed anche quello del pagamento del prezzo eseguito coi denari somministrati esser devono autentici.

323. Dalle chiare parole dell' articolo 2103 n° 2° si deduce con tutta certezza che l' atto d' imprestito e la ricevuta del venditore possono essere due atti separati e distinti, purchè l' uno e l' altro siano autentici, e contengano le dichiarazioni volute dal legislatore. La legge però non fissa il termine che correr debba tra l' un atto e l' altro, e sono per ciò su questo punto discordi le opinioni degli Interpreti. Ulpiano nella L. 24, § 3, D. *De reb. auctor. jud. pos.*, stabilisce il seguente principio: « Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit; » e poscia si fa a dimandare in qual modo debba pervenire il denaro nelle mani del creditore privilegiato, onde il terzo possa godere del privilegio allo stesso creditore competente: « *Pervenisse* autem quemadmodum accipimus? utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios: an vero, et si per debitoris personam? hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta, creditori privilegiario numerata est? Quod quidem potest benigne dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit. » Ammette dunque Ulpiano la surroga in due casi nelle ragioni del creditore privilegiato, che fu soddisfatto coi denari di un terzo, cioè non solo nel caso in cui i denari passarono direttamente dalle mani del terzo mutuante in quelle del creditore privilegiato, ma altresì nel caso in cui i denari del terzo furono somministrati al debitore, il quale

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 174.

cogli identici denari a lui sovvenuti fece il pagamento nelle mani del creditore privilegiato. Se non che in quest' ultimo caso Ulpiano accorda la surroga mosso dall' equità, anzi che dal rigore del diritto, *benigne*, e per ciò vuole si verifichi la condizione, *si modo non post aliquod intervallum id factum sit.* Quest' ultimo caso contemplato nella citata legge, il quale si verifica allora quando i denari del terzo pervengono nelle mani del creditore privilegiato *per debitoris personam*, è quello appunto, a cui accenna il n° 2° dell' articolo 2103. Infatti in quest' articolo 2103 n° 2°, il quale è in armonia, come si disse, col n° 2° dell' articolo 1250, il privilegio è accordato a quelli che hanno somministrato il denaro al compratore, che è il debitore del prezzo. Ora la condizione voluta da Ulpiano nella citata legge, *si modo non post aliquod intervallum id factum sit,* sarà ancora richiesta nel caso contemplato dal n° 2° dell' articolo 2103, onde quelli che hanno somministrato il denaro per l' acquisto di un immobile godano del privilegio? Io non credo che una tale condizione debba verificarsi. Imperocchè due soltanto sono le condizioni volute dall' articolo 2103, l' una che l' atto d' imprestito sia autentico e contenga la dichiarazione della destinazione della somma, l' altra che la ricevuta, anch' essa autentica, del venditore faccia fede che il pagamento fu fatto col denaro somministrato (1). Perchè si dovrà aggiungere una terza condizione non prescritta dal legislatore? Non varrebbe argomentare da ciò che nella citata legge insegna Ulpiano. Imperocchè non essendo in detta legge comandate le cautele volute dall' articolo 2103, viene ammessa la surroga per una concessione benigna, *quod quidem potest benigne dici,* ed è però ragionevole che la legge prescriva dover esser breve l' intervallo di tempo fra la somministrazione fatta al debitore, e il pagamento eseguito nelle mani del creditore dal debitore coi danari somministrati dal terzo. Al contrario le cautele, dalle quali l' articolo 2103 fa dipendere il privilegio concesso al mutuante, valendo a garantire gli altri creditori da ogni pericolo di frode ordita in loro danno, o lungo o breve che sia il tempo che corre dall' imprestito al pagamento nelle mani del venditore, nulla rileva. È appunto in vista delle cautele dall' articolo 2103 prescritte, atte a prevenire ogni pericolo di frode in danno dei terzi creditori, che lo stesso articolo 2103 accorda a quelli che

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 175.

hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile, anzi che una surroga nei diritti del venditore, un privilegio diretto e indipendente da quello del medesimo venditore. Fu ben detto da noi più sopra che il privilegio concesso ai somministratori del denaro destinato al pagamento del prezzo si risolve in una surroga nei diritti del venditore; ma ciò fu avvertito solo per mostrare che il privilegio dei detti somministratori è in sostanza lo stesso privilegio al venditore attribuito. È però vero e certo che l'articolo 2103 accorda a quelli che hanno somministrato denaro per l'acquisto d'un immobile non una surroga o legale o convenzionale nel privilegio del venditore, ma un privilegio assoluto e indipendente, per cui i somministratori del denaro destinato all'acquisto esercitano propriamente il privilegio *jure proprio*, non come surrogati al privilegio del venditore. Infatti l'articolo 2103, il quale fa la numerazione dei creditori privilegiati sopra gli immobili, mette nella classe di questi coloro che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile al pari del venditore, dei coeredi, e degli architetti. Il perchè io non credo rigorosamente vero ciò che asserisce il Troplong (1), che cioè il caso di cui parla il nº 2º dell'articolo 2103 non sia che una specie particolare dell'articolo 1250 nº 2º, per la ragione appunto or ora detta che l'articolo 2103 nº 2º accorda ai somministratori il privilegio come un diritto loro proprio e indipendente da quello del venditore. Quando adunque si verificano le condizioni, dall'osservanza delle quali l'articolo 2103 nº 2º fa scaturire in via diretta ed immediata il privilegio concesso a quelli che hanno somministrato il denaro per l'acquisto di un immobile, punto non è necessario che debbano altre condizioni adempirsi, comechè suggerite dalle Leggi Romane nel caso in cui un creditore vuole per via di surroga esercitare i diritti di un creditorè privilegiato.

324. Se coi denari della somministrazione sarà stata pagata una parte soltanto del prezzo, pel residuo il venditore sarà preferito al mutuante? Stabilisce l'articolo 1252 che il subingresso tanto convenzionale quanto legale non può nuocere al creditore quando questi non fu pagato che in parte, e che in tale caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento

(1) Art. 2103, n. 230.

parziale. Appoggiandosi a questa disposizione il Persil (1) e il Duranton (2) non esitano a dichiarare che essendo il somministratore dei denari, coi quali fu pagata una parte del prezzo, surrogato per ministero di legge ai diritti del venditore, questi ha tutto il diritto di essergli preferito pel residuo del prezzo. Anche il Troplong (3), il quale considera il caso contemplato nel n° 2° dell'articolo 2103 siccome una specie particolare del subingresso convenzionale di cui parla il n° 2° dell'articolo 1250, accorda la preferenza al venditore pel residuo del prezzo a lui dovuto, e si fonda nel principio insegnato da Dumoulin, *creditor non videtur cessisse contra se.* Credo anch'io che si debba nel conflitto fra il mutuante e il venditore dare la preferenza al venditore; ma coerente a ciò che ho detto nell'antecedente numero credo altresì che si possa e si debba prescindere dalla disposizione dell'articolo 1252, la quale è applicabile ai casi di vero subingresso o legale o convenzionale; laddove l'articolo 2103 n° 2° attribuisce a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile un privilegio diretto ed assoluto e indipendente da qualunque surroga. Con quale norma pertanto, qualora si prescinda dalla disposizione dell'articolo 1252, potrà al mutuante, che ha pagata una parte del prezzo uniformandosi alle condizioni prescritte dal n° 2° dell'articolo 2103, preferirsi il venditore creditore d'un residuo? La norma è fissata dall'articolo 2096, il quale dichiara che fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi. Ora se si fa un confronto tra il privilegio accordato al venditore e il privilegio attribuito a colui che somministrò i denari per l'acquisto, e si misuri il grado rispettivo di favore, di cui sono l'uno e l'altro meritevoli in faccia alla legge, chi non dirà di preferenza e maggior favore degno il venditore, il quale ha ceduta la sua proprietà e trasformato il gius di dominio, che è il primo e il più forte dei diritti reali, in una azione creditoria, fidando non tanto nella buona fede del compratore, quanto nella garanzia del privilegio che per l'intero prezzo gli accorda la legge? Quando compariscono nello stesso giudizio di graduazione il mutuante, i cui denari servirono al pagamento parziale del prez-

(1) Art. 2103, § 2, n. 5.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 177.
(3) Art. 2103, n. 233.

zo, e il venditore creditore del residuo, se all' uno e all' altro dovesse accordarsi lo stesso grado, illusorio diverrebbe allora il pagamento fatto nelle mani dello stesso venditore della porzione di prezzo soddisfatta coi denari della somministrazione. E che? il mutuante, il quale acquistò il privilegio per ciò solo che pagò una parte del prezzo al venditore, potrà far valere questo suo privilegio in pregiudizio dello stesso venditore da lui soddisfatto?

Ben sarebbe diverso il caso, se il mutuante anzi che valersi del privilegio accordato dal n° 2° dell' articolo 2103 a quelli che somministrarono il denaro per l' acquisto di un immobile, avesse coi denari della somministrazione soddisfatti dei creditori ipotecarj iscritti sul fondo a carico dello stesso venditore o di un possessore anteriore, ottenendo la surroga nelle loro ragioni, azioni ed ipoteche. In questo caso non si tratterebbe più del concorso tra il privilegio del mutuante e quello del venditore, ma invece del conflitto tra il privilegio del venditore e i detti creditori rappresentati dal mutuante subentrato in forza della surroga nelle loro ragioni. Tizio, p. e., vende pel prezzo di lire 10 mila il fondo A a Cajo, già gravato d' ipoteca iscritta a favore di Mevio per un credito di lire 3 mila. Lucio somministra al compratore Cajo la somma di lire 3 mila, la quale viene impiegata nel pagamento del credito ipotecario spettante a Mevio, il quale surroga il mutuante nelle sue ragioni. Si apre un giudizio di espropriazione in odio del compratore, e si presentano per essere graduati Tizio venditore a cui è dovuto il residuo del prezzo, e il mutuante Lucio. Se questi dimandasse di essere graduato qual creditore privilegiato invocando il diritto risultante dal n° 2° dell' articolo 2103, è chiaro che dovrebbe essere posposto per le ragioni già dette al privilegio competente a Tizio venditore. Ma presentandosi qual surrogato nelle ragioni ed ipoteche del creditore Mevio, contra il quale Tizio venditore non potrebbe opporre il suo privilegio, essendo il credito ipotecario di Mevio iscritto, come si disse, a carico dello stesso venditore Tizio o di un possessore anteriore ad esso Tizio, Lucio mutuante sarebbe necessariamente preferito al privilegio del venditore Tizio (1).

325. Si fa dagli Interpreti la questione, se qualora più mutuanti facciano in epoche differenti diverse somministrazioni per l' acquisto dello stesso immobile colle norme e cautele prescritte

(1) Troplong, art. 2103, n. 234.

dall' articolo 2103, debbano essere graduati e pagati per contributo, o pure l' ultimo abbia diritto di essere a tutti gli altri preferito. Quelli che danno all' ultimo mutuante la preferenza si fondano nella disposizione dell' articolo 1252, e dicono che siccome il venditore pel residuo a lui dovuto è preferito a tutti i mutuanti che coi loro denari hanno fatto dei parziali pagamenti in conto del prezzo, così l' ultimo mutuante che fece la somministrazione pel pagamento di detto residuo subentrando nelle ragioni del venditore è altresì surrogato *ipso jure* nel diritto che avea il venditore stesso di essere preferito ai mutuanti anteriori. Io penso col Troplong (1) e col Persil (2) che tutti i mutuanti, compreso l' ultimo, qualunque sia la diversità del tempo delle fatte somministrazioni, debbano essere collocati nello stesso grado e pagati per contributo. E infatti noi abbiamo detto (3) che a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile l'articolo 2103 n° 2° accorda non già una surroga o legale o convenzionale nei diritti del venditore, ma un assoluto e diretto privilegio, e che i medesimi godono del privilegio *jure proprio* derivante dalla causa e qualità del loro credito e dall' adempimento delle prescritte condizioni, e non già come surrogati ai diritti del venditore. A tutti i mutuanti che somministrarono denaro per l' acquisto d' un immobile è concesso lo stesso privilegio, e ciò risulta chiaramente dalle parole del citato n° 2° dell' articolo 2103, che annovera tra i creditori privilegiati sopra gli immobili tutti *quelli che hanno somministrato danaro per l' acquisto d' un immobile.* E siccome giusta l' articolo 2096 fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi senz' alcun riguardo al tempo, e giusta l' articolo 2097 i creditori privilegiati che sono nel medesimo grado sono pagati in proporzione eguale, così mi pare si possa con tutta certezza stabilire che tutti i mutuanti che somministrarono danaro per l' acquisto d' un immobile, qualunque sia l' epoca delle rispettive somministrazioni, devono essere posti nel medesimo grado e pagati dal primo all' ultimo per contributo, siccome quelli che godono tutti per legge dello stesso privilegio.

Ma io credo che la stessa sentenza e conclusione debba adot-

(1) Art. 2103, n. 235. Art. 2112, n. 379.
(2) Art. 2103, § 2, n. 8. Questions sur les Privilèges, chap. 5, § 5.
(3) N. 323.

tarsi quand' anche si voglia tenere la opinione di quelli, i quali pensano che in grazia della disposizione dell' articolo 2103 n° 2° i mutuanti esercitano il privilegio non già *jure proprio*, ma come surrogati ai diritti del venditore. Imperocchè tutti i mutuanti, qualunque sia l' epoca delle fatte somministrazioni, sono surrogati nello stesso privilegio, e devono necessariamente ai medesimi applicarsi le regole stabilite dai citati articoli 2096 e 2097, regole fondate nella L. 32, D. *De reb. auctor. jud.*: « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa: et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. » Nè l' ultimo mutuante, coi denari del quale fu pagato il residuo prezzo dovuto al venditore, potrebbe invocare il favore dell' articolo 1252, e pretendere di essere preferito ai mutuanti anteriori. Imperocchè il diritto risultante dal detto articolo 1252 si risolve in una riserva fatta dalla legge a favore del creditore non soddisfatto per intero all' unico scopo di assicurargli l' integrale pagamento del suo avere preferibilmente a quelli che furono surrogati nelle sue ragioni. Ripugnerebbe certamente alla giustizia e all' equità che la surroga o legale o convenzionale accordata nell' interesse del surrogato potesse nuocere al creditore che fu parzialmente soddisfatto. Quando il creditore è pagato del residuo che gli è dovuto, sebbene sia coi denari di un terzo eseguito il pagamento, vien meno *ipso jure* il motivo da cui fu mossa la legge ad accordare la detta riserva al creditore, e non può quindi l' ultimo mutuante valersi e approfittare di una riserva concessa esclusivamente al creditore posto a confronto e in conflitto coi terzi, che gli fecero pagamenti parziali, e la causa della quale svanisce *ipso jure* nello stesso momento, in cui il creditore resta interamente soddisfatto. Quando il venditore non è più in iscena e fu interamente pagato, la disposizione dell' articolo 1252 non può più aver luogo, e i diversi mutuanti, anche supposto che siano surrogati nelle ragioni del venditore, null' altro possono far valere che il diritto di privilegio, uguale in tutti, inerente al credito soddisfatto coi loro denari.

326. Ben diverso sarebbe il caso, qualora il venditore, dopo di avere ricevuto dei parziali pagamenti da uno o più mutuanti, alienasse mediante un vero e proprio contratto di cessione il residuo suo credito. Il cessionario di un credito, sebbene sia un successore particolare, rappresenta in tutto e per tutto, come

diremo a suo luogo sotto l'articolo 2112, il cedente da cui ha causa; e quando il creditore a titolo oneroso o lucrativo cede il suo credito ad un cessionario, il credito stesso non rimane nè estinto nè soddisfatto, quand'anche il cedente, se la cessione è fatta a titolo oneroso, abbia esatto il prezzo della cessione, essendo cosa diversa il prezzo della cessione dal pagamento del credito fatto al creditore da un terzo sebbene con surroga. Nel supposto caso pertanto non si verificherebbe il conflitto tra i primi somministranti e l' ultimo aventi tutti un eguale diritto di privilegio o *jure proprio*, come si disse, o quali surrogati, come vogliono altri, al venditore soddisfatto coi loro denari: ma il conflitto avrebbe luogo tra uno o più somministranti e lo stesso venditore creditore del residuo prezzo rappresentato dal suo cessionario. La riserva quindi, di cui all'appoggio dell'articolo 1252 potrebbe giovarsi il venditore rimasto creditore del residuo prezzo e messo a conflitto con uno o più somministranti che gli pagarono una porzione del prezzo, non potrebbe non essere utile altresì al suo cessionario per la ragione che nella L. 6, D. *De hered. vel act. vend.*, dà Paolo parlando dei diritti competenti al compratore o cessionario di un credito: « Beneficium venditoris prodest emtori (1). » Se la disposizione dell'articolo 1252 non può giovare all'ultimo mutuante che pagando il residuo prezzo fu messo dalla legge nella condizione degli altri mutuanti anteriori, non per questo deve credersi, come taluni avvisano, che il benefizio accordato dal detto articolo al creditore non soddisfatto che in parte sia personale e non trasmissibile. Perchè infatti un diritto di prelazione inerente ad un residuo credito senza alcun riguardo alla qualità della persona del creditore deve essere un gius strettamente personale e non trasmissibile? L'ultimo mutuante che viene surrogato al creditore non può godere in concorso degli altri mutuanti anteriori del benefizio accordato allo stesso creditore surrogante dal detto articolo 1252, perchè nel momento in cui il creditore rimane soddisfatto, vien meno, come si disse, il motivo onde la legge fu animata nell'accordare la riserva concessa col detto articolo, e non può oltre il caso contemplato dalla legge estendersi il benefizio di detta riserva. Al contrario quando il creditore con un vero e proprio contratto di cessione aliena a titolo oneroso o

(1) Persil, Questions sur les Privil., chap. 5, § 5. Troplong, art. 2112, n. 379.

lucrativo il residuo suo credito, rimane sempre vivo come prima e come se non fosse avvenuta alcuna cessione lo stesso residuo credito ceduto in faccia al debitore e in faccia ai mutuanti che in grazia dei pagamenti parziali fatti coi loro denari subentrarono nelle ragioni del creditore, e il cessionario investito del detto residuo credito ha tutto il diritto di godere del favore al suo autore concesso dal detto articolo 1252, e di essere preferito ai mutuanti.

327. Il Codice del Regno delle Due Sicilie coll'articolo 1972 n° 2°, e il Codice di Parma coll'articolo 2147 accordano a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto di un immobile lo stesso privilegio e colle stesse condizioni che loro attribuisce l'articolo 2103 n° 2° del Codice Napoleone.

Il Codice di Sardegna concede lo stesso privilegio e colle stesse condizioni nell'articolo 2158 n° 4° non solo a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile, ma in generale a tutti coloro che prestarono danaro per pagare i creditori privilegiati sopra gli immobili contemplati nei numeri 1° 2° e 3° del detto articolo 2158.

Il Regolamento Ipotecario Pontificio dichiara anch'esso nel § 86 che il privilegio attribuito all'alienante compete pure a coloro che avessero somministrato in tutto o in parte il danaro pel pagamento del prezzo convenuto. Se non che la Legge Pontificia non prescrive la condizione della autenticità degli atti, come fa molto saviamente il Codice Napoleone, il quale non lascia luogo ad alcuna frode in danno dei terzi. Nè pure il Sovrano Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche*, il quale nell'articolo 17 n° 6° accorda al sovventore del danaro per la compra di un immobile lo stesso privilegio concesso al venditore, richiede la autenticità voluta dal Codice Napoleone, e si limita a stabilire essere privilegiato il sovventore del danaro per la compra di un immobile, purchè dall'atto di imprestito resulti che la sovvenzione fu fatta per tal causa, e purchè la versione nella medesima rimanga legalmente giustificata.

Il Codice di Modena finalmente concede coll'articolo 2139 n° 2° il privilegio, di cui ora si parla, a quelli che somministrarono denaro per l'acquisto d'uno stabile colle stesse condizioni volute dal Codice Napoleone: « *I creditori privilegiati sopra gli stabili sono:*

1. *Il venditore ec.*

2. *Quelli, che hanno somministrato denaro per l'acquisto d'uno stabile, purchè sia provato in modo autentico coll'atto stesso della creazione del debito, che la somma fu destinata a tal uso, e con la ricevuta del venditore, che il pagamento del prezzo dello stabile sia stato fatto col denaro prestato.* »

3. *I coeredi sopra gl' immobili dell' eredità.*

328. Il primo obbligo che assumono i coeredi, i quali si fanno a dividere la eredità comune, è quello della reciproca garanzia pel caso di evizione. Parla di quest' obbligo la L. 14, C. *Fam. ercis.*, dalla quale resulta che anche indipendentemente da patti i coeredi sono tra loro garanti della evizione: « Si familiæ erciscundæ judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum æquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, *ut unusquisque eventum rei suscipiat:* recte possessionis evictæ detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere, Præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet. » Questa reciproca obbligazione dei coeredi è pur confermata dal Codice Napoleone, il quale nell' articolo 884 dispone, che i coeredi rimangono vicendevolmente tra di loro garanti per le molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione, e nell' articolo 885 che ciascun coerede è personalmente obbligato in proporzione della sua quota ereditaria d' indennizzare il di lui coerede della perdita cagionata dalla evizione. Questo non è un obbligo soltanto dei coeredi, i quali fecero la divisione del comune asse ereditario. La L. 10, § 2, D. *Com. divid.*, insegna altresì come questo sia un obbligo rigoroso dei condividenti, i quali divisero le cose tra loro comuni: « In communi dividundo judicio, justo pretio rem æstimare debebit judex: et *de evictione* quoque cavendum erit. » L' azione però che ai coeredi e condomini accordava il Gius Romano per l' evizione era un' azione semplice e personale, non garantita nè da privilegio, nè da tacita ipoteca (1). Egli è per ciò che Paolo nella L. 25, § 21, D. *Fam. erc.*, la quale è pienamente conforme alla già citata L. 10, § 2, D. *Com. divid.*, addossa al Giudice nel giudizio universale *familiæ erciscundæ* l'obbligo di prendere per l' interesse dei coeredi le opportune cautele

(1) Voet, lib. 21, tit. 2, n. 8 e 29.

valevoli a rendere efficace la detta azione: « Item curare debet, ut *de evictione* caveatur his, quibus adjudicat. » Il Codice Napoleone coll'articolo 2103 n° 3° accorda ai coeredi un privilegio sopra gl' immobili della eredità pel caso d' evizione dei beni tra essi divisi.

Nè è da credersi che il privilegio pel titolo della evizione competa ai soli coeredi, e non agli altri condividenti, sebbene l'articolo 2103 n° 3° faccia parola dei soli coeredi. Imperocchè la L. 6, § 11, D. *Com. divid.*, insegna che i due giudizj *familiæ erciscundæ* e *communi dividundo* sono regolati colle stesse norme, non ostante che l' uno sia universale, e particolare l' altro: « Cetera eadem sunt, quæ in familiæ erciscundæ judicio tractavimus. » Così pure l' articolo 1872 del Codice Napoleone dichiara applicabili alle divisioni tra soci le regole concernenti la divisione delle eredità e le obbligazioni che ne risultano fra i coeredi. Se l' obbligo di sottostare alle conseguenze della evizione è comune ai coeredi ed ai condividenti, il privilegio che l' articolo 2103 accorda ai coeredi non può non competere altresì ai condividenti. Nè per ciò si pecca contro la regola tante volte ripetuta nel primo volume, che nei privilegi, i quali sono di stretto diritto, non è ammessa la interpretazione estensiva. Imperocchè al silenzio dell' articolo 2103 supplisce la chiara ed espressa disposizione dell' articolo 2109, il quale prescrive il modo, onde *il coerede o il condividente conserva il suo privilegio.* L' articolo 2103 nomina ad uno ad uno i crediti a cui è accordato il privilegio sopra gli immobili, e gli articoli 2106, 2108, 2109 e 2110 fissano le norme, onde i privilegi col detto articolo 2103 stabiliti si conservano e si rendono efficaci. Hanno dunque strettissima connessione e dipendenza tra loro il citato articolo 2103 n° 3° e l' articolo 2109. E siccome in grazia dell' articolo 2109 il condividente conserva il privilegio nello stesso modo in cui lo conserva il coerede, e ripugnerebbe veramente che la legge indicasse al condividente il mezzo di conservare un privilegio a lui non competente, così senza bisogno di ricorrere alla interpretazione estensiva è forza il tenere che il coerede e il condividente hanno per l' evizione lo stesso privilegio (1).

329. La garanzia pei casi di evizione non è il solo diritto che hanno i coeredi e condomini tra loro in grazia della divisione.

(1) Troplong, art. 2103, n. 238. Persil, art. 2103, § 3, n. 3.

Stabilisce l'articolo 832 che nella formazione e composizione delle quote si deve evitare per quanto sia possibile di smembrare i fondi e di recar danno colla divisione alla qualità delle coltivazioni; e giusta il successivo articolo 833 l'ineguaglianza in natura delle quote ereditarie si compensa con una retribuzione o in rendite o in denaro. La disposizione dei due articoli ora citati del Codice Napoleone non è che la ripetizione e conferma della massima proclamata da Giustiniano nelle sue Istituzioni: « Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet: et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia condemnare (1). » Può dunque accadere, e accade anzi nel più dei casi, che alcuno dei coeredi o condomini abbia in forza della divisione diritto verso gli altri a qualche retribuzione in compenso della quota ineguale a lui assegnata. Può accadere ancora che a titolo di compensazione sia ad uno dei coeredi accollato per intero il pagamento di uno o più debiti ereditarj, pei quali gli eredi giusta l'articolo 873 sono tenuti personalmente per la loro parte e porzione virile. Se i coeredi, a sgravio dei quali fu fatta l'accollazione, molestati dai creditori dovettero pagare la loro quota del debito, hanno tutto il diritto di ottenere dall'assegnatario dei fondi, a cui fu accollato il pagamento dei debiti ereditarj a conguaglio della divisione, il dovuto rimborso. L'articolo 2103 n° 3° accorda il privilegio ai coeredi non solo a garanzia della evizione, ma altresì di tutto ciò che può ai medesimi essere dovuto per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie.

È però da avvertirsi che il coerede o condividente, a cui pel giusto conguaglio della porzione assegnatagli è dovuta una retribuzione, ha il privilegio non soltanto sui beni toccati al debitore della retribuzione, ma anche su tutti gli altri beni immobili assegnati agli altri coeredi o condividenti non gravati di alcun peso; e in ciò il privilegio del coerede o condividente è diverso da quello del venditore, che compete esclusivamente contro il compratore debitore del prezzo (2). È toccata, p. e., una successione ai tre coeredi Tizio, Cajo e Paolo in tre eguali porzioni, la quale si compone di un fondo del valore di 30 mila franchi, di beni

(1) Lib. 4, tit. 17, § 4.
(2) Persil, art. 2103, § 3, n. 1.

mobili stimati essi pure 30 mila franchi, e di un credito fruttifero della somma di franchi 60000. Nella divisione si assegnano a Tizio il fondo, a Cajo i mobili, a Paolo il credito coll' onere a quest' ultimo di pagare 10 mila franchi a Tizio assegnatario del fondo, ed altri 10 mila a Cajo assegnatario dei mobili, onde così tocchi a ciascuno un valore di 40 mila franchi. L' assegnatario dei mobili Cajo, a cui sono dovuti 10 mila dall' assegnatario del credito, avrà il privilegio a garanzia della retribuzione a lui dovuta sul fondo dell' eredità assegnato nella divisione a Tizio, sebbene Tizio assegnatario del fondo non debba alcuna somma a Cajo assegnatario dei mobili, e sia anzi lo stesso Tizio creditore di pari somma per lo stesso titolo del conguaglio delle divisioni verso Paolo assegnatario del credito. La giustizia e l' equità reclamano un tal privilegio sul fondo assegnato a Tizio a favore dell' assegnatario dei mobili. Imperocchè questi prima della divisione avea un gius di condominio *pro indiviso* sul fondo della eredità, ed ha rinunziato a questo condominio a fronte dell' assegno dei mobili, e della retribuzione in denaro dei 10 mila franchi. Egli è per ciò che l' articolo 2103 n° 3° accorda ai coeredi il privilegio in generale *sopra gl' immobili dell' eredità.*

Ma non deve però credersi che il privilegio per le somme dovute ad uno dei coeredi o condividenti a conguaglio delle divisioni si possa esercitare per l' intera somma sugli immobili assegnati ai coeredi o condividenti non gravati di alcuna retribuzione. Imperocchè i condividenti non sono già terzi possessori tenuti ipotecariamente per l' intiera somma dovuta ad uno di loro; ma l' azione ipotecaria derivante dal privilegio non può mai avere una estensione maggiore dell' azione personale da cui potrebbero essere molestati dall' altro condividente creditore di una retribuzione in denaro a conguaglio delle fatte divisioni. Ripigliamo il primo esempio, e suppongasi che Paolo assegnatario del credito, che deve 10 mila a Cajo assegnatario dei mobili, ed altri 10 mila a Tizio assegnatario del fondo, fallisca, mancando ai pagamenti dovuti ai detti coeredi Tizio e Cajo. In questo caso Cajo assegnatario dei mobili non potrà esercitare alcun privilegio contro Tizio assegnatario del fondo, perchè i due coeredi Tizio e Cajo devono sopportare una perdita eguale nella disgrazia del fallimento dell' altro coerede assegnatario del credito. Se Tizio assegnatario del fondo perde i 10 mila franchi a lui dovuti dal

coerede Paolo fallito, anche Cajo assegnatario dei mobili deve soffrire la stessa perdita, essendo eredi in eguali porzioni, e perciò Cajo non potrà esercitare alcun privilegio sul fondo assegnato a Tizio, altrimenti non sarebbe tra loro serbata la eguaglianza voluta dalla giustizia rigorosa.

Suppongasi al contrario che Tizio assegnatario del fondo sia stato pagato dei suoi 10 mila franchi, e che Paolo assegnatario del credito fallisca, mancando al pagamento dei 10 mila dovuti a Cajo assegnatario dei mobili. In questo caso Cajo assegnatario dei mobili potrà certamente esercitare sul fondo toccato a Tizio il privilegio per la somma dovutagli da Paolo a conguaglio delle divisioni, avendo Cajo rinunziato al condominio che gli spettava sul fondo comune in grazia dei mobili assegnatigli e della somma accollata a Paolo; ma il privilegio di lui deve essere ristretto entro più angusti limiti della intiera somma ad esso Cajo dovuta. La perdita dei 10 mila franchi dovuti a Cajo assegnatario dei mobili cagionata dal fallimento di Paolo non deve nè pesar tutta sopra Cajo, nè tutta sopra Tizio, altrimenti non sarebbe mantenuta la eguaglianza a cui Tizio e Cajo hanno diritto. Quando a Cajo assegnatario dei mobili fosse accordato l' esercizio del privilegio contro il fondo assegnato a Tizio per l' intiera somma dei franchi 10 mila, che Cajo non potè senza sua colpa esigere, in tal caso il danno della perdita cagionata dal fallimento di Paolo graverebbe tutto sopra Tizio assegnatario del fondo, e ciò sarebbe una manifesta ingiustizia ed una evidente violazione dei diritti di eguaglianza che deve essere tra Tizio e Cajo religiosamente rispettata. Allora Tizio assegnatario del fondo sarebbe trattato come un terzo possessore, e condannato ipotecariamente per una somma, alla quale non potrebbe essere tenuto personalmente. Quando a Cajo assegnatario dei mobili fosse negato ogni privilegio sul fondo assegnato a Tizio, s' incorrerebbe nella stessa ingiustizia, perchè al solo Cajo si farebbe sopportare il danno della perdita di cui fu cagione il fallimento di Paolo. Vuole assolutamente giustizia che Cajo assegnatario dei mobili soffra una perdita eguale a quella che soffrir deve l' assegnatario del fondo, e così ciascuno dovrà sopportare il danno di 5 mila, onde sia tra essi mantenuta e rispettata la eguaglianza. E siccome nell' ipotesi che abbiamo fatta Tizio assegnatario del fondo ha già esatta l' intiera sua quota dei 10 mila dovutigli da Paolo assegnatario

del credito, così, verificatosi il fallimento del detto Paolo, Cajo assegnatario dei mobili potrà esercitare il suo privilegio sul fondo assegnato a Tizio sino alla concorrenza soltanto di 5 mila franchi e non da vantaggio. Se il coerede, che in forza dell'ipoteca ha pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha giusta l'articolo 875 regresso contro gli altri coeredi fuori che per quella parte che ciascheduno di essi deve personalmente sostenere, quand'anche il coerede che ha pagato il debito si fosse fatto surrogare nei diritti del creditore; se giusta l'articolo 885 ciascun coerede è obbligato d'indennizzare il di lui coerede che patì evizione del danno sofferto in proporzione soltanto della rispettiva quota ereditaria; per la stessa ragione e per li stessi principj anche nel caso già supposto la perdita della retribuzione dovuta da Paolo deve egualmente ripartirsi tra Tizio e Cajo, e però Cajo, a cui Paolo non pagò la somma dovutagli, dovrà limitare l'esercizio del privilegio sul fondo toccato a Tizio alla somma, per la quale in grazia del fallimento di Paolo diviene lo stesso Tizio personalmente responsabile in faccia al suo coerede Cajo.

Parimenti se tre saranno i coeredi, Tizio, Cajo, e Paolo, e per conguaglio delle divisioni Tizio debba 1000 a Paolo, e Cajo debba allo stesso Paolo 4000, Paolo eserciterà sugli immobili assegnati a Tizio il privilegio per mille, e sugli immobili assegnati a Cajo il privilegio per 4 mila. Ma se Cajo poco dopo le divisioni fallisce e non può pagare i 4 mila da lui dovuti a Paolo, allora la perdita di questi 4 mila tutta non deve pesare sopra Paolo, e deve invece ripartirsi sopra Paolo e sopra Tizio in modo che ciascuno d'essi debba soffrire la perdita e il danno di 2000. E così in questo caso Paolo potrà rivolgersi con privilegio sopra gli immobili assegnati a Tizio, non già per l'intiera somma dei 4 mila dovuti da Cajo, ma per la somma di 2 mila, oltre l'altra somma dei 1000 accollati direttamente nell'atto di divisione a Tizio. Paolo avea diritto a 5 mila, cioè 1000 da Tizio, e 4 mila da Cajo, perchè Tizio ebbe nelle assegnazioni fatte coll'atto di divisione 1000 più della sua giusta quota, e Cajo più della sua quota 4 mila. Ma se Paolo non potè esigere i 4 mila dovutigli da Cajo, allora dovendosi egualmente ripartire questo *deficit* sopraggiunto in eguali porzioni tra Tizio e Paolo, Tizio avrebbe in questa ipotesi conseguito più della sua quota non solamente 1000, ma 3 mila, e quindi dovrebbe pagare a Paolo oltre i 1000 già accol-

latigli nell'atto delle divisioni, altri 2 mila, e così in tutto 3 mila, pei quali avrebbe Paolo il privilegio sugli immobili allo stesso Tizio assegnati. Dalli allegati esempj risulta chiaramente che il coerede o condividente per le somme dovutegli a conguaglio delle divisioni non ha solamente il privilegio a carico della quota gravata del pagamento, ma altresì sopra gli immobili assegnati agli altri coeredi o condividenti entro i limiti però, di cui abbiamo discorso, cioè sino alla concorrenza soltanto della somma, per la quale gli altri coeredi o condividenti possono essere personalmente risponsabili verificandosi l' insolvibilità del coerede o condividente, che fu direttamente ed esclusivamente gravato (1). Il privilegio, di cui ora si parla, non può essere limitato alla sola quota gravata del pagamento delle somme dovute a conguaglio delle divisioni, perchè gli articoli 2103 n° 3° e 2109 accordano il privilegio in generale sopra gli immobili caduti nella divisione, e siccome nel caso di fallimento dell' assegnatario della quota gravata del pagamento, le somme dovute dal fallito a conguaglio devono ripartirsi a carico degli altri, la obbligazione personale onde questi rimangono gravati a favore del condividente, che non potè esigere dal coerede fallito ciò che eragli dovuto a conguaglio delle divisioni, non può non essere garantita dal privilegio stabilito dai citati articoli 2103 e 2109, essendo appunto il privilegio accordato per le compensazioni e per il conguaglio delle porzioni divise. Dice per ciò ottimamente il Persil (2) che il privilegio dei coeredi e condomini è diverso da quello del venditore in ciò che il privilegio del venditore gravita solamente sul fondo venduto; laddove quello dei coeredi e condividenti non colpisce soltanto la quota dei beni assegnati al coerede o condividente debitore della somma dovuta a conguaglio delle porzioni ereditarie, ma gravita altresì su tutti gli altri beni immobili delle porzioni toccate agli altri coeredi o condividenti. Ma se ciò è vero, deve altresì tenersi per vero ciò che insegna il Duranton (3), che cioè il privilegio, di cui ora si parla, è esercibile sulle porzioni non gravate direttamente del pagamento delle somme dovute a conguaglio entro i limiti soltanto segnati dalla giustizia e dal diritto di eguaglianza che deve religiosamente mantenersi illeso tra i

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 186.
(2) Art. 2103, § 3, n. 1.
(3) Loc. cit.

condividenti, e ciò perchè i coeredi e i condividenti non potendo essere tra loro trattati e considerati come terzi possessori non possono mai essere colpiti dal privilegio anzidetto oltre i limiti a cui arriva la rispettiva loro responsabilità personale.

330. Insegna Ulpiano nella L. 55, D. *Fam. ercis.*, che quando i beni da dividersi non sono capaci di comoda divisione, il Giudice ne fa ad uno solo dei coeredi o condividenti l'aggiudicazione: « Si familiæ erciscundæ, vel communi dividundo judicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibile esse videatur, potest judex in unius personam totam condemnationem conferre, et adjudicare omnes res. » Uguale attribuzione dà ai Giudici Giustiniano nelle sue Instituzioni: « Quod si commode dividi non possit, veluti si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit: tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus est (1). » Questa aggiudicazione ad un solo si faceva per Diritto Romano, come si raccoglie dalla L. 22, § 1, D. *Fam. ercisc.*, previa la licitazione: « Sed potest etiam, licitatione admissa, uni rem adjudicare. » Questo rimedio della licitazione fu pure adottato dal Codice Napoleone, il quale nell'articolo 827 dichiara che se gli stabili non possono comodamente dividersi, se ne dovrà fare la vendita all'incanto davanti al tribunale. Quando la divisione si fa col mezzo della licitazione, ed uno dei coeredi o condomini si rende aggiudicatario degli immobili comuni, sebbene l'aggiudicazione abbia l'apparenza di una vendita, è in realtà un atto di divisione autorizzato dalla legge, mediante il quale si opera lo scioglimento della comunione (2). Per ciò la massima stabilita dall'articolo 883, giusta la quale ogni coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti che gli pervennero coll'atto di divisione, è applicabile tanto rispetto ai beni componenti la quota assegnata a ciascuno, quanto rispetto ai beni col mezzo della licitazione aggiudicati ad uno dei coeredi. Nel caso pertanto di divisione fatta mediante la licitazione sarebbe grave errore il pensare che i coeredi o i condomini avessero per garanzia del prezzo della licitazione il privilegio che l'articolo 2103 n° 1° accorda al venditore sopra l'immobile venduto, non potendosi estendere un privilegio dalla legge espressamente concesso per un determinato contratto ad un altro atto di natura affatto diversa. In-

(1) Lib. 4, tit. 17, § 5.
(2) Pothier, du contrat de vente, par. 7, art. 7, n. 639.

segna la L. 3, C. *Com. divid.*, che alla licitazione qualche volta si ammettono gli estranei: « Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur. » Anche il Codice Napoleone, come risulta dall'articolo 839, ammette alcuna volta gli estranei alla licitazione. Se alla licitazione pertanto concorrano gli estranei, e ad uno di questi sia fatta l'aggiudicazione, in questo caso ha luogo una vera vendita, perchè ciascuno dei coeredi o condomini aliena all'estraneo aggiudicatario la quota di dominio *pro indiviso* che tiene sugli immobili che sono il soggetto della stessa aggiudicazione. Per ciò la citata L. 3, C. *Com. divid.*, dice espressamente *extraneo emtore admisso*, perchè l'estraneo a cui è fatta l'aggiudicazione è un vero compratore, e i coeredi, che si spogliano a fronte del prezzo della licitazione del dominio che aveano in comune *pro indiviso* sugli immobili aggiudicati all'estraneo, hanno nè più nè meno gli obblighi e i diritti che derivano dal contratto di vendita, e quindi anche il privilegio dall'articolo 2103 n° 1° concesso ai venditori sopra gl'immobili venduti. Al contrario la licitazione che si fa tra i coeredi è un atto che scioglie la comunione, ossia una maniera di divisione, e il coerede aggiudicatario non solo non si considera dalla legge un compratore, ma giusta il già citato articolo 883 viene riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti a lui pervenuti per licitazione. Ma se nel caso di licitazione e di aggiudicazione fatta a favore di uno dei coeredi o condomini non può competere pel prezzo della licitazione il privilegio dall'articolo 2103 n° 1° concesso ai venditori, non sono però i coeredi e condomini aggiudicanti lasciati dalla legge senza la garanzia di un privilegio pel prezzo della licitazione. È ben vero che l'articolo 2103 n° 3°, il quale determina i diritti di privilegio spettanti ai coeredi, contempla semplicemente il caso della evizione e l'altro delle compensazioni e del conguaglio delle porzioni ereditarie, e si tace del prezzo della licitazione. È però certo che al difetto e al silenzio del n° 3° dell'articolo 2103 supplisce l'articolo 2109, il quale nel farsi a stabilire il modo onde i coeredi e i condividenti conservano il loro privilegio, contempla espressamente il prezzo della licitazione, dichiarando che mediante l'inscrizione fatta entro 60 giorni computabili dall'atto dell'aggiudicazione i coeredi e i condividenti conservano il loro privile-

gio sopra i beni posti all'incanto *pel prezzo della licitazione*. I diritti dei coeredi e condividenti devono desumersi dai combinati articoli 2103 n° 3° e 2109, chè il difetto dell'uno viene supplito dalla chiare ed esplicite parole dell'altro (1). Sarebbe stata certamente più esatta la disposizione dell'articolo 2103 n° 3° se ai due titoli, pei quali ai coeredi è concesso il privilegio, della evizione cioè e delle compensazioni, fosse stato aggiunto il terzo, il prezzo cioè della licitazione. Ma senza pericolo di errore e senza bisogno di ricorrere al rimedio della estensiva interpretazione si può tenere per certissimo che anche pel prezzo della licitazione accorda la legge ai coeredi e condividenti il privilegio, come quella che nell'articolo 2109 fissa il modo di conservarlo e di renderlo efficace pel detto titolo sopra i beni posti all'incanto ed aggiudicati.

331. Possiamo dunque stabilire con sicurezza all'appoggio dei due citati articolo 2103 n° 3° e 2109, che ai coeredi e condividenti compete il privilegio per tre titoli, cioè pel caso d'evizione dei beni tra essi divisi, per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie, e finalmente pel prezzo della licitazione.

332. Secondo l'articolo 819, se tutti gli eredi sono presenti e in età maggiore, la divisione può farsi in quella forma e con quell'atto che le parti interessate crederanno conveniente. E siccome la legge nei citati articoli 2103 n° 3° e 2109 non attacca il privilegio dei coeredi e condividenti alla forma dell'atto di divisione, ma sì bene all'atto stesso della divisione o dell'aggiudicazione col mezzo della licitazione, è quindi forza il concludere che il privilegio compete ai coeredi e condividenti, qualunque sia la forma dell'atto, giudiziale o stragiudiziale, autentica o privata, onde si operò la divisione (2).

333. Abbiamo detto che quando tra i coeredi si procede alla licitazione, l'aggiudicazione fatta a favore di uno di essi è un vero atto di divisione, e pel prezzo della licitazione compete ai coeredi contro il coerede aggiudicatario non già il privilegio che l'articolo 2103 n° 1° accorda al venditore, ma sì bene quello che lo stesso articolo 2103 n° 3° e l'articolo 2109 insieme combinati concedono ai coeredi e condividenti (3). Supponiamo ora che invece di una divisione fatta col rimedio della licitazio-

(1) Troplong, art. 2109, n. 291. Persil, art. 2109, n. 3.
(2) Persil, art. 2103, § 3, n. 1. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 180.
(3) N. 330.

ne, uno dei coeredi di età maggiore e avente la libera amministrazione dei beni proprj ceda agli altri a fronte di una somma convenuta la propria quota ereditaria. Questa cessione sarà una vendita o un atto di divisione, e quindi competerà al coerede cedente il privilegio che l'articolo 2103 n° 1° accorda al venditore pel pagamento del prezzo, o pur quello che in grazia dei combinati articoli 2103 n° 3° e 2109 spetta ai coeredi? Il Pothier (1) considera questo caso, e sostiene che sebbene all'atto di cessione sia stato dato il nome di vendita, l'atto stesso deve nullameno aversi per un atto di divisione, come nel caso di aggiudicazione fatta col mezzo della licitazione, e ciò perchè le parti hanno avuta evidentemente l'intenzione di sciogliere la comunione, e l'indole degli atti più che dalle parole è determinata dalla intenzione dei contraenti. Non ostante la venerazione dovuta alle opinioni del sommo Pothier, mi sia lecito questa volta attenermi ad una opposta sentenza. La licitazione è uno dei modi di divisione introdotti dalla legge, e al quale si ricorre appunto nel caso che i beni non possano comodamente dividersi. Al contrario quando uno dei coeredi od anche dei condomini a titolo particolare vende agli altri la propria quota cedendo a fronte di un prezzo determinato le ragioni che gli competono, sebbene una tale vendita abbia per effetto di sciogliere la comunione, tutti però si verificano i requisiti sostanziali che l'essenza costituiscono del contratto di compra e vendita, cioè la cosa, il consenso ed il prezzo. Imperocchè il prezzo è appunto la somma stipulata in correspettività della fatta cessione, e la cosa che forma la materia del contratto è la quota di condominio *pro indiviso* che tiene il cedente sulla eredità o sulle sostanze comuni. Verificandosi tutti i requisiti sostanziali della vendita, perchè dovrà nel caso da noi supposto la cessione fatta dal coerede o dal condomino essere più presto una divisione che una vendita per ciò solo che la detta cessione produce quanto allo scioglimento della preesistente comunione gli stessi effetti della aggiudicazione fatta col mezzo della licitazione? Trova questa mia opinione, sebbene contraria a quella del sommo Pothier, un validissimo appoggio in una Decisione Toscana del 21 giugno 1830, la quale considerò come venditrici, e come tali collocò nel grado competente ai venditori, certe sorelle Sansoni, le quali con rogito Monti del 16 luglio 1816 venderono

(1) Du contrat de vente, par. 7, art. 7, n. 644.

al comune fratello Don Antonio Sansoni a fronte di una determinata somma qualunque loro diritto sulla paterna eredità (1). La questione di cui ora abbiamo toccato è di grandissima importanza per le conseguenze che ne derivano. Imperocchè se l' atto di cessione fatta dal coerede o dal condomino è considerato una divisione, allora il cedente deve rigorosamente conservare il suo privilegio mediante la inscrizione da eseguirsi nel termine stabilito dall' articolo 2109. Al contrario qualora l' atto di cessione si può qualificare per un contratto di vendita, in questo caso il cedente ha per la conservazione del suo privilegio i diritti che l' articolo 2108 accorda al venditore, e dei quali diremo a suo luogo. Per questa ragione il grado privilegiato preteso dalle sorelle Sansoni nel caso deciso in loro favore dall' allegata Decisione Toscana era contrastato da un creditore ipotecario, il quale negava alle medesime il privilegio, opponendo il difetto della inscrizione nel termine prescritto dall' articolo 2109; laddove la lodata decisione non si curò di una tale eccezione perchè la trascrizione del contratto di cessione bastò a conservare alle sorelle venditrici il reclamato privilegio. A conferma della mia opinione giova la disposizione dell' articolo 889 del Codice Napoleone, il quale stabilisce che l' azione accordata dalla legge per la rescissione delle divisioni non è ammessa contro una vendita di diritto ereditario fatta senza frode ad uno de' coeredi a di lui rischio e pericolo dagli altri coeredi o da uno di essi. All' appoggio del quale articolo una decisione del Supremo Consiglio di Modena (2) distinse molto saviamente le vendite fatte a guisa di aleatorio, colle quali un coerede ricevuta una data somma cede ad un altro o a tutti le ragioni ereditarie a tutto loro rischio e pericolo senza ponderazione o bilancio della quota che a lui toccherebbe, dalle assegnazioni fatte in denaro ad uno dei coeredi come un equivalente del di lui avere nell' eredità comune, bilanciati i comodi cogl' incomodi, e qual vero conguaglio di quota, le quali assegnazioni, sebbene fatte in denaro, ed ancora che siano qualificate con titoli di vendita, di permuta, o di transazione o di qualunque altra specie, devono riguardarsi come atti che fanno ces-

(1) Tesoro del Foro Toscano, tom. 27, pag. 91, dec. 12, Sansoni e Bacherini e Buonaccorsi Dolcini.

(2) Collez. delle Massime di diritto stabilite dal Sup. Consiglio di Mod., tom. 1, pag. 221, dec. n. 270, del 23 febbraio 1822, Sanguinetti con Padova.

sare la comunione fra i coeredi rescindibili, come gli atti di divisione, giusta l'articolo 888 del Codice Napoleone per la lesione del quarto.

334. Si è detto che il privilegio compete ai coeredi e ai condividenti per tre titoli, cioè per l'evizione, per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie, e finalmente pel prezzo della licitazione. Finchè il privilegio è accordato per le compensazioni e pel prezzo della licitazione, il credito fondiario non soffre pregiudizio, perchè si tratta allora di una somma di denaro pagabile a tempo determinato, il pagamento della quale fa svanire il privilegio. Ma il privilegio concesso per garanzia della evizione è senza fine dannoso al credito fondiario e alla libera contrattazione dei fondi. E infatti nel volgere di un periodo di 30 o 40 anni quante successioni non si verificano in un paese, e per conseguenza quante divisioni! Ed ecco una quantità grandissima di fondi colpiti e gravati d'un privilegio, che è un onere reale, per un pericolo incerto di evizione, pericolo che continuamente minaccia il possessore dell'immobile, il quale difficilmente può alienarlo, e più difficilmente ancora può trovare chi lo accetti in garanzia di una sovvenzione di denaro. Il possessore del fondo gravato del privilegio, di cui è discorso, pel titolo di evizione, difficilmente può alienarlo. Imperocchè essendo il pericolo dell'evizione incerto ed eventuale, e non essendo un debito pagabile a tempo determinato, chiunque si faccia ad acquistare il fondo non ha modo di liberarlo dal peso che vi è inerente pagando una determinata somma in conto di prezzo nelle mani della persona cui compete il privilegio. Il compratore di un fondo gravato di privilegio a favore di un condividente per garanzia dell'evizione degli immobili caduti nella divisione non ha che una sola via per liberare e svincolare il fondo da un tal peso. Questa via unica aperta all'acquirente è il giudizio di purgazione, via lunga e dispendiosa, dalla quale, come l'ammalato dal ferro del chirurgo, rifuggono i compratori d'immobili. Quand'anche il privilegio pel titolo di evizione competente ad un condividente fosse l'unico onere imposto sul fondo ch'io sarei in animo di acquistare, io non posso in alcuna maniera ottenerne la liberazione se non soggiaccio alle spese e a tutte le eventualità che trae seco un giudizio di purgazione. Senza la legale purgazione il detto privilegio rimane attaccato al fondo come la

lebbra alla pelle. Difficilmente adunque il possessore di un immobile gravato del privilegio spettante ai condividenti pel caso di evizione potrà trovare un compratore, massime se si tratterà di un fondo di piccolo valore, il quale sarebbe in tutto o in gran parte assorbito dalle spese di purgazione. Ma più difficilmente ancora il povero possessore che ha bisogno di denari troverà un sovventore che sia disposto a fargliene la somministrazione colla garanzia di un fondo soggetto al detto onere eventuale. Il compratore alla fine ha un rimedio, al quale appigliarsi, quello della purgazione, e il venditore che è costretto a vendere dovrà adattarsi alla diminuzione del prezzo, la quale corrisponda all' ammontare delle spese del giudizio. Ma il somministratore che presta danaro colla garanzia ipotecaria di un fondo gravato di privilegio per titolo di evizione a favore di un condividente, quando si farà ad esigere il suo credito, quando vorrà far valere in un giudizio o di purgazione o di espropriazione del fondo datogli a garanzia la sua ipoteca, a qual dura necessità sarà posto? Alla dura necessità di dare una cauzione ipotecaria a favore del condividente che ha il privilegio pel titolo eventuale della evizione. Ora chi sarà quello stolido che voglia esporsi a tale pericolo facendo prestiti colla garanzia di un fondo, su cui pesa a favore di qualche condividente il privilegio pel titolo della evizione? Chi sarà quel Notaro, che voglia o possa consigliare i proprj clienti a mettere in tale avventura i loro capitali?

Il Duranton (1) nota i gravi inconvenienti, a cui dà luogo questo privilegio accordato ai condividenti per garanzia della evizione, e non dubita di fare la seguente riflessione: « Les inconvénients d'un pareil système sont tellement graves, qu'il nous est impossible de croire que les rédacteurs du Code aient entendu établir un privilège avec des effets aussi désastreux; la circulation des biens, qui est éminemment dans l'esprit du Code, en serait souvent paralysée. » Non si ristà il Duranton a questa riflessione, e desideroso di temprare e diminuire i danni gravissimi derivanti da un diritto, che essendo consacrato dal Codice non si può annientare, consiglia i Tribunali e i Magistrati ad ordinare la cancellazione dell' iscrizione del privilegio ai condividenti spettante per garanzia dell' evizione qualunque volta la medesima fu accesa per capriccio, per animosità, per timore non

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 183.

giustificato, in una parola in tutti quei casi in cui non è temibile il pericolo della evizione: « Répétons donc ici que, sans méconnaître absolument le privilège pour cette garantie (cioè la garanzia della evizione), puisque le Code le consacre, nous pensons que les tribunaux pourraient prononcer la mainlevée d'inscriptions qui n'auraient été prises sur les biens échus aux lots des cohéritiers, que par humeur, caprice, ou crainte non motivée de l'un d'eux, dans les cas, en un mot, où toutes les probabilités attesteraient qu'aucune éviction n'est à craindre, et par conséquent qu'il n'y aura jamais lieu à la garantie pour cette cause. » Con questa facoltà attribuita ai Tribunali crede il Duranton che sarebbero meno gravi i danni che nascono inevitabilmente dall' esercizio rigoroso ed assoluto del diritto accordato dalla legge. Io rispetto le opinioni e gli insegnamenti del dottissimo Duranton; ma questa volta non posso non meravigliarmi com' egli possa proporre e suggerire un simile temperamento, e dare ai Tribunali una facoltà che loro non lasciò l' autorità del legislatore. Sia pur vero che gl' inconvenienti, cui trae seco l' esercizio assoluto ed illimitato del privilegio concesso dalla legge ai condividenti per garanzia dell' evizione, si facciano minori col rimedio equitativo proposto dal Duranton. Non per questo può mai esser lecito ai Magistrati arrogarsi le parti del legislatore, al quale solo la L. 1, C. *De leg. et constitut.*, accorda il diritto di temprare il rigore della legge: « Inter æquitatem, jusque interpositam interpretationem Nobis solis et oportet et licet inspicere. » Nessun magistrato, io credo, che si conosca dei proprj doveri e delle proprie attribuzioni, vorrà accettare e seguire il suggerimento del Duranton. La responsabilità dei mali che nascer possono da una legge cattiva è tutta del legislatore, da cui solo dipende, come stabilisce la L. 9, C. *De leg. et constit.*, che la durezza delle leggi sia emendata e corretta. Il Giureconsulto non ha altro criterio di giustizia e di verità, come dice il Romagnosi (1), che il Codice delle leggi, al quale s' egli volesse rendersi superiore o divergente, egli uscirebbe dalla sfera de' suoi doveri, e dal carattere ch' egli riveste. Dice perciò Cicerone (2) che al Magistrato è superiore la legge: « Ut magistratibus leges, ita populo præsunt magistratus: vereque

(1) Genesi del diritto Penale, par. 3, lib. 2, cap. 1.
(2) De legib., 3.

dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum. » Il Magistrato che si assume l'uffizio di legislatore col pretesto di scemare gl' inconvenienti di una legge non buona si mette in una via falsa, illegale, arbitraria. Una Magistratura legislatrice è peggior male che una legge cattiva, perchè allora alla certezza della legge si sostituisce l'arbitrio. Fa a questo proposito ciò che dice il lodato Cicerone, il quale non dubita di asserire essere minor male una legge ingiusta che non il disprezzo della legge: « Tu mihi concedas necesse est, multo esse indignius, in ea civitate, quæ legibus continetur, discedi a legibus (1). »

335. Si fa la questione tra gl'Interpreti, se allora quando uno dei coeredi, che si mise in possesso dell'intiera eredità, si confessa nell'atto di divisione debitore verso gli altri coeredi di una determinata somma per frutti percetti, competa anche per questa somma il privilegio. Il Duranton (2) nega per questo titolo ai coeredi il privilegio, e ciò perchè il medesimo è accordato dalla legge semplicemente *per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie.* Conviene però lo stesso Duranton che il privilegio pel detto titolo possa competere qualunque volta la somma dovuta per frutti percetti o per emenda di danni ed interessi sia stata confusa e compresa nella somma dovuta a conguaglio delle porzioni ereditarie. Il Troplong (3) è di contrario avviso, e accorda assolutamente ai coeredi il privilegio anche pel titolo dei frutti della eredità da uno solo percetti. Io non solo mi attengo alla opinione giustissima del Troplong, ma credo che di questo punto non possa farsi soggetto di un ragionevole dubbio. E vaglia il vero. Insegna Ulpiano nella L. 22, § 4, *Fam. ercisc.*, che il giudizio di divisione di una eredità si compone di due elementi che sono i beni e le prestazioni personali: « Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est, rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones. » Paolo nella L. 44, § 8, D. *Fam. ercisc.*, ci somministra un esempio di queste prestazioni personali che fanno parte del giudizio *familiæ erciscundæ:* « Si duo coheredes damnati sint *statuam ponere,* et, altero cessante, alter eam fecerit, non esse iniquum Julianus ait, familiæ erciscundæ judicium

(1) Pro Cluentio, cap. 53.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 187.
(3) Art. 2103, n. 239, § 4.

dare, ut pars impendiorum boni viri arbitratu præstetur. » E riguardo ai frutti percetti da uno dei coeredi stabilisce in termini generali ed assoluti la L. 56, D. *Fam. ercisc.*, che fanno parte del giudizio *familiæ erciscundæ*, non meno che le stesse sostanze ereditarie: « Non solum in finium regundorum, sed et familiæ erciscundæ judicio, præteriti quoque temporis fructus veniunt. » I quali frutti, secondochè insegna la L. 9, C. *Fam. ercisc.*, aumentano la stessa sostanza ereditaria divisibile: « Non est ambiguum, cum familiæ erciscundæ titulus inter bonæ fidei judicia numeretur, portionem hereditatis, si qua ad te pertinet, incremento fructuum augeri. » I beni e le prestazioni personali non sono soltanto gli elementi del giudizio universale *familiæ erciscundæ;* ma la L. 3, pr. D. *Com. divid.*, insegna come lo siano altresì del giudizio particolare *communi dividundo:* « In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum, quæ communes sint: et si quid in his damni datum factumve est; sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi. » Conformemente a questi principj dopo la stima e vendita dei mobili ed immobili, il giudice delegato rimette giusta l'articolo 828 del Codice Napoleone, se occorre, le parti avanti ad un notaro, avanti al quale si procede ai conti che i condividenti dovessero rendersi, ed alla formazione dello stato generale dei beni, a quella delle rispettive porzioni ereditarie, ed alle somministrazioni da farsi a ciascuno dei condividenti. Dichiara inoltre il successivo articolo 829 che ciascuno dei coeredi conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore. Posti questi principj, come si può dubitare che le somme dovute da uno dei coeredi o condomini o per frutti percetti o per emenda di danni recati alle cose comuni, in somma per alcuna di quelle prestazioni, che formano parte e materia del giudizio di divisione, e che costituiscono una attività del comune asse divisibile, non abbiano ad essere garantite dal privilegio, mentre i concordi articoli 2103 n° 3° e 2109 accordano in termini generali ed assoluti ai coeredi e condividenti il privilegio per le compensazioni ed i conguagli delle rispettive porzioni?

336. Si fa tra i Dottori un'altra questione, ed è se il privilegio stabilito dagli articoli 2103 n° 3° e 2109 competa ai coeredi anche nel caso di divisione fatta dai loro ascendenti. Da Ulpiano nella L. 20, § 3, D. *Fam. ercisc.*, viene accordato espressamente

al padre il diritto di fare la divisione tra i figli: « Si pater in filios, sine scriptura, bona divisit, et onera æris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi judicii divisionem, Papinianus ait. » Il padre che fa uso di questo diritto esercita l'uffizio proprio dell'arbitro nel giudizio *familiæ erciscundæ*, come insegna la L. 33, D. *Fam. erc.*, e deve perciò attenersi strettamente alle regole di giustizia, come se fosse un vero arbitro: « Si paterfamilias, singulis heredibus fundos legando, *divisionis arbitrio fungi voluit*, non aliter partem suam coheres præstare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur. » Anche il Codice Napoleone nell'articolo 1075 accorda ai padri, alle madri ed agli altri ascendenti il diritto di dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, e dichiara nell'articolo 1079 che la divisione fatta dall'ascendente potrà impugnarsi per titolo di lesione oltre il quarto. Gli articoli 2103 n° 3° e 2109, senza curarsi del modo onde le comuni sostanze vengono divise, accordano in termini generali ed assoluti ai coeredi il privilegio per la garanzia dei diritti che derivano dall'atto qualunque siasi di divisione. Se la legge per una giusta deferenza e rispetto all'autorità dell'ascendente, e non certamente colla mira di nuocere ai discendenti, sostituisce all'arbitro l'ascendente accordando a quest'ultimo il diritto di fare tra i suoi discendenti la divisione, perchè non dovranno da un tal atto sorgere tutti quei diritti di privilegio che per volontà di legge derivano da qualunque atto di divisione (1)? A me pare che le generali espressioni dei citati articoli 2103 n° 3° e 2109 non lascino luogo su questo punto ad alcun dubbio.

337. Abbiamo detto che l'articolo 2103 n° 3°, il quale non parla nè dei condividenti nè del prezzo della licitazione, non è concepito con tutta quella precisione a cui deve scrupolosamente por mente il legislatore, e che alle omissioni del detto articolo suppliscono le aggiunte dichiarazioni dell'articolo 2109. Più felicemente e con alcune modificazioni era espresso l'articolo 2104 n° 5° del Progetto Vatimesnil nei seguenti termini (2):

« *Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont:*

. . . .

5° *Les cohéritiers ou copartageants, savoir:*

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 189. Persil, art. 2103 § 3, n. 4.
(2) Moniteur Univ., 26 avril 1850, n. 116.

Pour le payement des soultes ou retours de lots, sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte, à moins que, par l'acte de partage, le privilège n'ait été restreint à un ou plusieurs de ces immeubles;

Pour le payement du prix de la licitation sur le bien licité;

Et, pour la garantie établie par l'art. 884 *du Code civil, sur tous les immeubles compris dans les lots des garants, à moins que l'acte de partage ne restreigne le privilège à une partie de ces immeubles;*

Ce privilège n'aura lieu qu'autant que l'acte de partage contiendra la stipulation d'une somme fixe. »

Tanto il Codice Napoleone quanto il Progetto Vatimesnil accordano ai coeredi e condividenti il privilegio per tre oggetti differenti, cioè per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni, pel prezzo della licitazione, e per garanzia della evizione. Quanto al prezzo della licitazione, il privilegio è accordato dall' articolo 2109 *sopra i beni posti all' incanto,* e intorno a ciò il Progetto Vatimesnil non porta alcun cambiamento al Codice Napoleone. Ma quanto al privilegio per le compensazioni ed i conguagli, l'articolo 2109 del Codice Napoleone lo accorda *sui beni di ciascuna porzione,* e dalle espressioni generali della legge tutti o quasi tutti i Commentatori hanno concluso che il privilegio non solamente colpisce i beni del coerede debitore della somma dovuta a conguaglio, ma ancora i beni dei coeredi che non furono del pagamento di alcuna somma gravati nell'atto di divisione. Il Progetto Vatimesnil non mantenne l'estensione che è il risultato delle generali espressioni dell'articolo 2109 del Codice Napoleone, e restringeva il privilegio ai soli beni compresi nella quota assegnata al coerede debitore della somma dovuta a conguaglio. Per ciò alle espressioni generali dell'articolo 2109 *sui beni di ciascuna porzione* sostituì le parole: *sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte.* Finalmente, quanto al privilegio pel caso di evizione, l'articolo 2103 n° 3° lo accorda per un credito indeterminato, da valutarsi poi dall'inscrivente colle norme stabilite dall'articolo 2148. Al contrario il Progetto Vatimesnil per rendere meno dannoso questo privilegio accordato per garanzia della evizione, che è, come si disse, di sua natura grandemente pregiudicevole al credito fondiario e alla libera con-

trattazione dei fondi, modificando la legge Napoleonica lo accordava sotto l'espressa condizione che fosse stipulata nell'atto di divisione una somma determinata a cui il privilegio per garanzia della evizione doveva essere ristretto.

Abbiamo più sopra (1) toccata la questione, se per le somme dovute da uno dei coeredi in compenso dei frutti dell'asse comune da lui percetti anteriormente alle divisioni competa agli altri il privilegio. A prevenire una simile questione il deputato dell'Assemblea legislativa Francese Renouard nella occasione della seconda deliberazione del Progetto Vatimesnil proponeva di sostituire alle parole del detto Progetto già sopra citate il seguente emendamento: « *Pour le payement des soultes ou retours de lots, pour le prix de la licitation et pour cinq années d'intérêts ou restitution de fruits au plus* (2). » Le espressioni generali, ond'era concepito il detto emendamento, lasciavano veramente incerta l'Assemblea, se il proponente accennasse ai frutti anteriori o ai frutti posteriori alla divisione. Ma avendo lo stesso deputato Renouard dichiarato di riferirsi soltanto ai frutti percetti anteriormente alla divisione, il valente Vatimesnil facendosi oppositore disse con molta ragione e sostenne, che i frutti anteriori alla divisione aumentano le sostanze da dividersi, e che per ciò la questione dei detti frutti anteriori è una pura questione di proprietà, la quale deve necessariamente risolversi coll'atto stesso di divisione, col quale e si liquida lo stato divisibile, e si assegnano a ciascuno nella dovuta misura le rispettive quote. L'emendemento Renouard non fu appoggiato, e non dovea esserlo. Imperocchè la legge ipotecaria non può occuparsi delle questioni e pretese che devono formar soggetto di liquidazione all'atto della divisione, e dei diritti di credito che per cause anteriori alla divisione stessa aver possono tra loro i coeredi e i condomini. La legge ipotecaria ha per iscopo di proteggere e garantire con un privilegio i diritti e i crediti qualunque siano risultanti dall'atto stesso di divisione. Il citato articolo 5° dell'articolo 2104 del Progetto Vatimesnil fu dall'Assemblea legislativa Francese pienamente approvato.

338. Gli articoli 1972 n° 3° e 1995 del Codice del Regno delle Due Sicilie, 2147 e 2151 del Codice di Parma, 2158 n° 3° e 2206

(1) N. 335. pag. 64.

(2) Moniteur Univ., n. 346, 12 décembre 1850.

del Codice di Sardegna accordano ai coeredi e condividenti gli stessi diritti di privilegio che loro concedono i sopra citati articoli del Codice Napoleone. Al contrario il Regolamento Ipotecario Pontificio nel capitolo terzo, che tratta dei privilegi sugli immobili, e il Sovrano Motuproprio Toscano nell'articolo 17, che contempla i privilegi speciali sopra gl'immobili, non accordano ai coeredi e condividenti alcun privilegio. Io però credo, quanto alla Legge Pontificia, che per le somme dovute per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni ereditarie, e pel prezzo della licitazione sia ai coeredi e condividenti applicabile la generale disposizione del § 83 n° 3°, che novera tra i privilegi sopra gli immobili quello del venditore o *di qualunque altro alienante* a titolo oneroso o lucrativo, sopra l'immobile venduto o *alienato*, pel suo credito del totale o del residuo di prezzo, e *per l'adempimento delle convenzioni stipulate nell' atto di vendita o alienazione*. La divisione è dalla L. 1, C. *Com. ut. jur. tam fam. erc.*, assomigliata alla vendita: « Divisionem prædiorum vicem emtionis obtinere placuit; » e sebbene non sia rigorosamente una vendita, può comprendersi sotto il vocabolo generale *alienazione* come una specie sotto il genere. E tengo applicabile per la ragione ora detta ai coeredi e condividenti il privilegio accordato dalla Legge Pontificia al venditore e a qualunque altro alienante, tanto più che non trovasi ripetuta nella Legislazione Pontificia la disposizione dell'articolo 883 del Codice Napoleone, giusta la quale ogni coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota o a lui pervenuti per licitazione. Ma non credo egualmente applicabile ai coeredi ed ai condividenti la disposizione dell' articolo 17 n° 5° del Motuproprio Toscano, limitando questo articolo il privilegio al venditore. La vendita è una specie di alienazione; e sebbene sotto alcuni rapporti possa somigliarsi alla divisione, l'una e l'altra sono però due atti e contratti assolutamente diversi e distinti. Nella materia dei privilegi la interpretazione estensiva, come insegna il Duranton (1), è assolutamente vietata: « en cette matière, tout est de droit étroit;.... en fait de privilèges, les analogies sont loin de suffire: » ed io perciò non posso convenire nell'opinione dell'egregio Giureconsulto Toscano signor Dott. Jacopo Sabatini, il quale sostiene non potersi negare il privilegio nè al condividente pel

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 59.

valore del conguaglio, nè al donante per le prestazioni a lui dovute in grazia dell' atto di donazione (1).

Il Codice di Modena accorda coll' articolo 2139 n° 4° ai coeredi e ai condividenti lo stesso privilegio che loro danno i citati articoli del Codice Napoleone:

« *I creditori privilegiati sopra gli stabili sono:*

. . . .

4° I coeredi, i socj ed altri condividenti sopra gli stabili caduti nell' eredità, società o comunione pel caso d' evizione dei beni fra loro divisi, o posti in licitazione, e pei conguagli e le compensazioni stipulate. »

E dall' articolo 2143, che prescrive il modo di conservare il detto privilegio, risulta che il privilegio per le compensazioni ed i conguagli non è ristretto, come proponeva il già citato articolo del Progetto Vatimesnil, alla sola porzione gravata del pagamento della somma dovuta a conguaglio o per titolo di compensazione, ma si estende in piena conformità dell' articolo 2109 del Codice Napoleone *sui beni di ciascuna porzione.* Siccome il privilegio accordato per garanzia della evizione reca al credito fondiario e alla libera contrattazione dei fondi i gravi inconvenienti di cui si è parlato più sopra, è a desiderarsi che i condividenti consigliati da onesti e illuminati Notari nell' atto della divisione limitino o l' estensione del detto privilegio restringendolo ad alcuni fondi determinati, o meglio la durata del medesimo fissando un certo tempo, oltre il quale si possa chiedere dal possessore, non essendosi verificata l' evizione, la cancellazione della inscrizione.

4° *Gli architetti, gl' intraprenditori, i muratori ed altri operaj impiegati nella fabrica, ricostruzione o riparazione di edifizj, canali, o qualunque altra opera.*

339. I Romani Legislatori, a cui premeva che la città non fosse guasta dalla ruina degli edifizj, accordavano un privilegio personale a coloro che somministravano danaro pel ristauro e ricostruzione dei medesimi, e fa fede la L. 25, D. *De reb. cred.*, della concessione di un tal privilegio: « Creditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit,

(1) Sistema Ipotecario Toscano, Trattato giuridico pubblicato in Pisa nel 1837 coi torchi dei fratelli Nistri, tom. 1, cap. 7, sez. 2ª, n. 405 sino al 413, pag. 162, 163, 164 e 165.

privilegium exigendi habebit. » Col volgere del tempo (1) fu concesso altresì al creditore, che somministrò i denari pel titolo ora detto, una tacita ipoteca. Nella L. 1, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, fa parola Papiniano del Senatusconsulto, dal quale la detta ipoteca tacita fu introdotta: « Senatus consulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante, nummos ministravit. » La quale ipoteca, concessa ad un credito che già nella categoria dei chirografarj godeva del privilegio, apparteneva alla classe delle ipoteche privilegiate (2). È però certo che competeva nel caso solo di denaro somministrato pel ristauro di un edifizio già esistente, e non già per la fabbrica o costruzione di un edifizio nuovo, a meno che la nuova fabbrica non fosse stata piantata sul luogo stesso della prima già ruinata o distrutta (3).

340. Il Codice Napoleone mirando non tanto all' ornato della città, cui avea principalmente in vista il Senatusconsulto Romano or ora accennato, quanto alla pubblica utilità, ha dato al Senatusconsulto stesso maggiore estensione, accordando un privilegio, che corrisponde, come si disse a suo luogo nel primo volume, all' ipoteca privilegiata romana, agli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operaj impiegati *nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizj, canali, o qualunque altra opera.* Il Codice Napoleone accorda indistintamente il privilegio, come risulta chiaramente dalle parole dell' articolo 2103 n° 4°, sia che si tratti della costruzione di un nuovo edifizio, o della ricostruzione o riparazione di un edifizio antico, e lo estende altresì ai lavori fatti nei canali, come sarebbero p. e. le dighe e i ponti, e a qualunque altra opera eseguita su di un immobile. Le troppo generali espressioni dell' articolo 2103 *o qualunque altra opera* lasciarono, com' era facile a prevedere, aperto il campo a non poche questioni, pretendendo alcuni che il privilegio si potesse estendere persino ad opere di agricoltura, come a piantagioni e simili; ma questa larga interpretazione è stata respinta dalla

(1) Vinnii Select. Jur. Quæst., lib. 2, cap. 4.

(2) Brunemannus ad L. 1, D. In quib. caus. pign. vel. hyp. tac. contr. Pothier, ad Pand., lib. 20, tit. 4, n. 28.

(3) Vinnii Select. Jur. Quæst., loc. cit.

più parte dei Dottori (1), e, secondo il mio avviso, con tutta la ragione. Imperocchè le espressioni *qualunque altra opera* non possono che riferirsi a lavori del genere di quelli che sono stati prima dalla legge nominatamente contemplati, e non già ad opere e a lavori appartenenti a tutt' altra categoria.

341. Volendo la legge prevenire ed impedire le frodi, che si potrebbero commettere in danno dei creditori, subordina il privilegio degli architetti alle due seguenti condizioni. Primieramente, avanti che si metta mano ai lavori, un perito nominato *ex officio* dal tribunale di prima istanza, nel cui distretto è situato l'immobile, deve stendere preventivamente un processo verbale ad oggetto di comprovare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori che il proprietario avrà dichiarato di voler fare. In secondo luogo, terminati i lavori, ed entro sei mesi al più tardi dalla loro ultimazione, un perito egualmente nominato *ex officio* dallo stesso tribunale deve approvarli e stenderne processo verbale. Se queste due condizioni non sono con tutto rigore adempite, il privilegio non può aver vita (2), e quelli che eseguirono i lavori restano nel numero dei semplici creditori chirografarj.

342. Il privilegio, di cui ora si parla, non è accordato per tutta intiera la somma spesa, ma si riduce al maggior valore attribuito all' immobile dai lavori eseguiti. Il Codice Napoleone si è attenuto alla massima stabilita dalla L. 29, § 2, D. *De pignor. et hyp.*, la quale contemplando il caso di conflitto tra il possessore di buona fede che ha eseguiti lavori sull' immobile ipotecato e i creditori ipotecarj accorda al primo il gius di ritenzione pel rimborso delle spese entro i limiti del maggior valore a cui salì la cosa in forza delle spese dallo stesso possessore sostenute: « Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, *quatenus pretiosior res facta est*, reciperent. » Se pertanto risulta che i lavori, per la esecuzione de' quali furono p. e. spese 15 mila lire, diedero in realtà all' immobile un maggior valore di sole lire 12 mila, il creditore delle spese non potrà godere del privilegio che per le sole lire 12 mila; e la differenza tra la spesa reale e il maggior valore acquistato dall' immobile si considera

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 192. Troplong, art. 2103, n. 242 bis.
(2) Troplong, art. 2103, n. 245.

come una spesa superflua non meritevole di prelazione, che il creditore potrà ripetere coll' azione semplicemente personale.

Ma non basta che i lavori eseguiti abbiano dato un maggior valore all' immobile, perchè il creditore possa pretendere l' ammontare del medesimo con privilegio. È necessario che questo maggior valore sussista all' epoca della alienazione dell' immobile. Suppongasi che dal tempo del secondo processo verbale a quello della alienazione il maggior valore, che all' epoca del secondo processo verbale sarebbe stato di lire 12 mila, siasi ridotto a sole lire 10 mila. Il creditore in questo caso avrà il privilegio solamente per queste lire 10 mila, non ostante che il suo credito reale sia di lire 15 mila, e non ostante che all' epoca del secondo processo verbale il maggior valore fosse di lire 12 mila. Trattandosi di un privilegio, non vuole la legge che gli altri creditori abbiano a soffrirlo oltre la somma, alla quale gli eseguiti lavori hanno fatto salire l' immobile nel momento della alienazione o aggiudicazione. Che se all' epoca della alienazione l' immobile ha in realtà un maggior valore, ma lo ha per cause indipendenti dai lavori eseguiti, il creditore delle spese non può reclamare il diritto di prelazione, perchè in questo caso manca la causa da cui fu mossa la legge ad accordare il privilegio, come quello che non fu concesso alle spese sostenute, ma al maggior valore acquistato dall' immobile in grazia delle spese (1).

343. Paolo nella L. 79, D. *De verbor. signif.*, distingue le spese in necessarie ed utili: « *Impensæ necessariæ* sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. *Utiles* impensas esse Falcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur. » Ora si fa la questione, se il limite posto dalla legge all'esercizio del privilegio degli architetti, che si riduce al maggior valore derivante dai lavori che ha lo stabile al tempo dell' alienazione, debba osservarsi e rispettarsi tanto nel caso di spese e lavori assolutamente necessarj, quanto nel caso di spese utili che non siano di assoluta necessità. Il Persil (2) dice che la riduzione del privilegio al maggior valore che ha lo stabile al tempo della alienazione deve e può applicarsi al caso soltanto di lavori di semplice riparazione, « *ne s'applique sans doute qu'au cas où il*

(1) Persil, art. 2103, § 4, n. 4, 5, 6 e 7.
(2) Art. 2103, § 4, n. 8.

s'agit de simples réparations, » e che quando si tratta di lavori assolutamente necessarj, senza dei quali l'immobile sarebbe perito, il privilegio deve estendersi all'intiera somma spesa, come quella che ha conservato il pegno ai creditori. Il Troplong (1) attenendosi all'opinione del Grenier, tiene un'opinione contraria a quella del Persil, e pensa che qualunque siano le spese, o necessarie o utili, il privilegio debba sempre limitarsi al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell'alienazione in grazia dei lavori. Io sono convinto che la opinione del Troplong meriti di essere a quella del Persil preferita. Imperocchè a fronte dell'assoluta e generale disposizione dell'articolo 2103 n° 4°, che accorda il privilegio colla detta limitazione agli architetti e ai muratori senza curarsi se i lavori siano rigorosamente necessarj o utili, non so come possa il Persil sostenere e giustificare la distinzione da esso adottata, a meno che non voglia correggere e modificare la legge. A me pare che non si possa rispondere all'argomento semplicissimo, onde il Troplong confuta la opinione del Persil. Se non si vuole ammettere pei lavori necessarj la limitazione stabilita dall'articolo 2103 n° 4°, giusta la quale il privilegio degli architetti e muratori è ridotto al maggior valore acquistato dallo stabile, su quale altra disposizione di legge si potrà fondare il privilegio pei detti lavori necessarj? I privilegi sono una creazione della legge, e il giureconsulto non può mai accordare un privilegio, che da una speciale disposizione di legge non sia stabilito, tanto più che nella materia dei privilegi gli è rigorosamente interdetta qualunque interpretazione estensiva. L'articolo 2102 § 3 accorda bensì il privilegio alle spese fatte per la conservazione della cosa, ma quest'articolo contempla i privilegi sopra i mobili e le spese fatte per la conservazione di una cosa mobile. La disposizione dell'articolo 2102 ai privilegi sugli immobili non si può estendere che dall'articolo 2103 sono tassativamente determinati. Se il Persil accetta pei lavori necessarj eseguiti dagli architetti sugli immobili il privilegio accordato dall'articolo 2103 n° 4°, deve accettarlo colle limitazioni volute e stabilite dal legislatore, il quale riduce il privilegio al maggior valore derivante dai lavori che ha lo stabile al momento della alienazione. Se alla disposizione dell'articolo 2103 n° 4° sottrae il privilegio degli architetti quando trattasi di lavori ne-

(1) Art. 2103, n. 243.

cessarj, allora toglie ogni privilegio al credito pei detti lavori necessarj e di conservazione, perchè fuori dell' articolo 2103 n° 4° non vi è alcuna disposizione di legge, che accordi un privilegio alle spese necessarie sostenute per la conservazione di un immobile. Un decreto della Corte di Cassazione dell' 11 novembre 1824 citato dal Troplong adottò pel caso di lavori necessarj la massima conforme alla opinione abbracciata dal Persil; ma non ostante l'autorità contraria della Corte di Cassazione, che alla fine non può vantare il privilegio della infallibilità, io m'attengo al Troplong, perchè il giureconsulto deve accettare ed applicare la legge o buona o cattiva, e non può creare distinzioni non ammesse dal legislatore.

5° *Quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj.*

344. La L. 1, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, accorda propriamente la ipoteca privilegiata al credito dei mutuanti che diedero denaro a mutuo per le riparazioni e risarcimento di un edifizio: « qui pecuniam ob restitutionem ædificii exstruendi mutuam dedit. » Il Codice Napoleone nel n° 4° dell' articolo 2103 accorda direttamente il privilegio agli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operaj, e in second' ordine nel successivo n° 5° attribuisce lo stesso privilegio a quelli che hanno imprestato il denaro per pagare o rimborsare gli operaj. S' attiene il Codice Napoleone nella concessione di questo privilegio allo stesso sistema da esso adottato riguardo al contratto di vendita, nel qual caso accorda primieramente il privilegio al venditore, e in second' ordine a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto di un immobile. Un tale sistema è per verità molto logico. Imperocchè quelli che imprestano il denaro per pagare o rimborsare gli operaj non devono avere maggiori diritti di quelli che competono agli stessi operaj. Se il credito degli operaj è per sè meritevole di favore e di privilegio, ragion vuole si accordi lo stesso favore a chi somministrò i denari per soddisfarli. Ma quando il credito degli operaj non fosse degno del favore di un privilegio, non so perchè si dovrebbe in questo caso accordare il privilegio a chi somministrò i denari destinati al loro pagamento.

Il Brunemanno commentando la citata L. 1, D. *In quib. caus.*

pign. vel hyp. tac. contr., che accorda la ipoteca privilegiata a chi somministrò il denaro *ob restitutionem ædificii exstruendi*, insegna essere necessario il concorso di tre requisiti a dar vita alla detta ipoteca, cioè: « requiritur 1um ut nominatim data sit ad refectionem, 2um ut exinde domus refecta et non amplius, et ut 3um res refecta extet. » Conformemente a questi principj e alla massima stabilita riguardo a quelli che hanno somministrato danaro per l'acquisto d'un immobile il Codice Napoleone accorda nell'articolo 2103 n° 5° a quelli che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj lo stesso privilegio che nel n° 4° viene concesso agli architetti e agli operaj stessi sì veramente che sia comprovato autenticamente con l'atto d'imprestito che la somma era destinata a tale impiego, e con la ricevuta degli operaj, che il loro pagamento e rimborso fu fatto col danaro imprestato.

345. Tra le innovazioni recate dal Progetto Vatimesnil al Sistema Ipotecario del Codice Napoleone vi era la soppressione completa del privilegio accordato dall'articolo 2103 nel 4° e n° 5° agli architetti e muratori e a quelli che imprestarono il danaro pel loro pagamento. Disse con molta ragione Vatimesnil nel suo Rapporto all'Assemblea per giustificare la soppressione di questo privilegio (1), che dovendo il maggior valore dello stabile risultante dai lavori, a cui si riduce il privilegio, essere provato col mezzo di due processi verbali da iscriversi, l'uno anteriore, l'altro posteriore alla esecuzione dei lavori, riescono molto complicate e difficili da adempiersi le formalità, a cui l'esistenza e l'esercizio dello stesso privilegio sono subordinati; e che d'altra parte, supposta anche l'osservanza esatta delle dette formalità, è quasi inevitabile una contestazione tra l'architetto e gli altri creditori per determinare l'esistenza al tempo dell'alienazione del maggior valore dello stabile derivante dai lavori. Concludeva perciò Vatimesnil che le disposizioni del Codice Civile relative a questo privilegio sono una lettera morta, perchè rarissime volte e quasi mai vengono osservate, e anche adempiute non sono che un imbarazzo e una occasione a litigi.

346. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete nell'articolo 1972 n° 4° e n° 5° la disposizione dell'articolo 2103 n° 4° e n° 5° del Codice Napoleone intorno al privilegio sì degli architet-

(1) Moniteur, n. 116, 26 avril 1850.

ti, appaltatori, muratori ed altri operaj impiegati nella fabbrica, ricostruzione, o riparazione di edifizj, canali o qualunque altra opera, come delle persone che hanno imprestato il danaro per pagare o rimborsare gli operaj.

Anche il Codice Sardegna ripete nell'articolo 2158 n° 1° e n° 4° la stessa disposizione del citato articolo 2103 n° 4° e n° 5° del Codice Napoleone. Se non che il Codice di Sardegna ha tolto ogni pretesto alla quistione, di cui abbiamo ragionato qui sopra (1), relativa alla distinzione che fassi dal Persil tra lavori necessarj e di semplice miglioramento, contemplando espressamente gli intraprenditori, gli architetti ed altri che hanno impiegate le loro opere o provviste *a costruire, od a riparare o migliorare un immobile.*

Anche il Codice di Parma annovera nell'articolo 2147 tra i creditori privilegiati sopra gli stabili gli architetti, gl'impresarj, i muratori, ed altri operaj impiegati nella fabbrica, ricostruttura, o riparazione d'edifizj, canali, o in qualunque altra opera, ma scioglie un tale privilegio dalle pastoje e restrizioni onde lo inviluppa il Codice Napoleone, e non vuole altra condizione se non che il credito costi da atto pubblico, o da scrittura privata avente data certa. Quanto però a quelli che hanno fornito il danaro per pagare, o rimborsare gli operaj, vuole anch'esso il Codice di Parma che un tale impiego venga comprovato in modo autentico coll'atto stesso della creazione del debito, e colla quitanza degli operaj.

Il Regolamento Ipotecario Pontificio mette col § 83 n° 1° nel numero dei privilegi sopra gli immobili quello degli architetti, impresarj, muratori ed altri operaj sull'immobile fabbricato, ricostrutto o riparato pel credito delle spese e del prezzo della loro opera, ma non richiede l'adempimento d'alcuna formalità. Ciò è si vero che nel § 95, il quale dispone che il privilegio degli architetti e delle altre persone nominate nel § 83 n° 1° dev'essere iscritto nel termine di due mesi dal compimento delle opere, viene stabilito che quando manchi la prova scritta, si eseguisce la iscrizione in virtù di un rapporto o certificato di uno o più periti fatto innanzi notaio, e comprovante la esistenza ed il prezzo dei lavori. Solamente resta dichiarato nel § 84 che il privilegio non si esten-

(1) N. 343. pag. 73.

de oltre l'aumento di valore provenuto al fondo per le opere e per le spese.

Il Motuproprio Toscano attenendosi in gran parte alle disposizioni dell'articolo 2103 n° 4° e n° 5° del Codice Napoleone accorda nell'articolo 17 n° 2° un privilegio speciale al sovventore del danaro e dei materiali per restaurare, compire, o migliorare lo stabile, o per pagare gli operaj che si sono impiegati nei lavori di restauro, compimento, o miglioramento dello stabile, purchè dall'atto d'imprestito resulti che la sovvenzione è stata fatta per dette cause, e purchè sieno osservate le forme di che al successivo n° 3°, e sia provato che i lavori come i pagamenti degli operaj sono stati eseguiti con i materiali e con i denari somministrati. Accorda inoltre nel successivo n° 3° dello stesso articolo lo stesso privilegio agli architetti, cottimanti, muratori e altri operaj impiegati nei lavori contemplati nell'antecedente n° 2° o in beni di suolo, o di fabbrica, o di opere manufatte esistenti nei medesimi, qualora, avanti che sia posto mano ai lavori, abbia avuto luogo il riscontro del precedente stato del fondo per mezzo di perito espressamente deputato dal tribunale, e qualora successivamente ne sia stata verificata la esecuzione, come pure la somma effettivamente erogata, mediante una seconda perizia da effettuarsi nel modo stesso della prima dentro due mesi dalla ultimazione dei lavori. Non ha lasciato l'articolo 17 (1) della Legge Toscana alcun luogo alla questione che si fa dagl'Interpreti del Codice Francese intorno alla qualità dei lavori, e adottando la distinzione fatta dal Persil (2) tra lavori necessarj e quelli di semplice miglioramento dispone che per le opere e per le spese di riparazione, di compimento, e di miglioramento, delle quali è trattato ai num. 2° e 3° dello stesso articolo 17, il privilegio dei creditori rammentati nei numeri stessi è conceduto per l'importare dell'aumento di valore risentito dal fondo in conseguenza di dette opere e spese, e quanto alle riparazioni necessarie alla conservazione del fondo per il totale importare del credito. Dichiara infine che in ogni e qualunque caso il credito non partecipa del privilegio che per la somma effettivamente erogata, e resultante dalla seconda perizia.

(1) Sabatini, Sistema Ipotecario Toscano, tom. 1, cap. 7, sez. 4ª, num. 445, pag. 182.

(2) Art. 2103, § 4, n. 8.

Tutte le Leggi Ipotecarie che sono in vigore nei paesi d'Italia sopra nominati hanno confermato, salvo alcune poche modificazioni, il privilegio degli architetti e muratori stabilito dall'articolo 2103 n° 4° e n° 5° del Codice Napoleone. Il Progetto Vatimesnil presentato all'Assemblea legislativa della Repubblica Francese il 25 aprile 1850 proponeva, come si disse, la soppressione del detto privilegio troppo complicato nell'adempimento delle forme, e cagione d'imbarazzi e di litigi. Il nuovo Codice di Modena publicato nel 25 ottobre 1851 e posto in attività il giorno 1 febbraio 1852 ha soppresso esso pure ed abolito il detto privilegio, e i suoi Compilatori sono a parer mio da lodarsi di una tale soppressione, perchè dei privilegi, che sono una eccezione al diritto comune, vuolsi il più che sia possibile restringere il numero.

347. Ma il Codice di Modena, che abolì il privilegio degli architetti, creando un privilegio nuovo non ammesso dal Codice Napoleone annovera nell'articolo 2139 n° 5° tra i creditori privilegiati sopra gli stabili « *Il terzo possessore, che ha patita evizione, sopra lo stabile dimesso, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo sino al concorso della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio.* » Accade dire alquante parole intorno a questo privilegio stabilito dal Codice di Modena.

Prova il Vinnio (1) coll'autorità di molte leggi che il Diritto Romano nega assolutamente azione al possessore tanto di buona quanto di mala fede per ripetere da quello, da cui patì evizione, le spese fatte sull'immobile rilasciato. Fra i molti testi che confermano la dottrina del Vinnio, la L. 48, D. *De rei vind.*, merita di essere a preferenza di qualunque altra citata come quella che contempla il caso di un possessore di buona fede: « Sumtus in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque a domino peti possunt: verum exceptione doli posita, per officium judicis æquitatis ratione servantur. » Al possessore che patì evizione altro rimedio non accorda il Gius Romano se non l'eccezione di dolo o il gius di ritenzione, di cui abbiamo dato un cenno a suo luogo (2). Se non che diversi erano gli effetti dell'opposta eccezione

(1) Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 24.

(2) Vol. 1, pag. 23, n. 22. Vinnio, l. c., Brunemanno alla L. 48, D. De rei vind.

di dolo e del concesso gius di ritenzione secondo che trattavasi di un possessore di buona o di uno di mala fede. Al possessore di mala fede la L. 5, C. *De rei vindicat.*, accorda semplicemente il rimborso delle spese necessarie: « Ejus, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est: cum malæ fidei possessores, ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint. » Al contrario Paolo nella L. 38, D. *De hered. petit.*, accorda al possessore di buona fede il diritto altresì di rimborso delle spese utili: « Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent. » Ma anche nel caso di spese utili fatte da un possessore di buona fede il rimborso non è accordato dalla L. 38, pr. D. *De rei vind.*, per l'intera somma spesa, ma semplicemente per l'ammontare del miglioramento sopravvenuto alla cosa: « usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. »

348. Il Codice Napoleone contemplando nell' articolo 2175 il conflitto tra il terzo possessore e i creditori ipotecarj che hanno contro di lui agito con azione ipotecaria stabilisce che le deteriorazioni cagionate dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecarj o privilegiati danno luogo ad agire contro di esso per l' indennità, e che egli però non può ripetere le spese e miglioramenti da lui fatti che sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato. Il citato articolo 2175 determina evidentemente i diritti che ha il terzo possessore molestato con azione ipotecaria in faccia ai creditori. I diritti quanto al rimborso delle spese competenti al terzo possessore che patì evizione in faccia al suo autore sono determinati dagli articoli 1634 e 1635. Dispone in fatti l' articolo 1634 che il venditore è tenuto a rimborsare il compratore o a farlo rimborsare da chi ha rivendicato il fondo di tutte le riparazioni e miglioramenti utili che vi avrà fatti, e l' articolo 1635 dichiara che se il venditore ha venduto in mala fede il fondo altrui sarà tenuto a rimborsare al compratore tutte le spese anche voluttuarie o di piacere che questi avesse fatto sul fondo. Quest' azione competente al compratore contro il venditore in forza dei citati articoli 1634 e 1635 pel rimborso delle spese fatte sul fondo che fu rivendicato è semplicemente personale, derivante dal contratto di compra e

vendita. Ma anche in faccia ai creditori ipotecarj che agirono con azione reale ipotecaria, sebbene l' articolo 2175 accordi un diritto assoluto al terzo possessore e quindi un' azione per ripetere le spese e miglioramenti da lui fatti sino alla concorrenza del valor maggiore che ne è risultato, è certo che la detta azione derivante dal detto articolo 2175 è semplice e chirografaria, non garantita da alcun privilegio, e che solamente il terzo possessore può valersi per ottenere il dovuto rimborso del gius di ritenzione da opporsi prima del rilascio dell' immobile.

349. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, il Codice di Parma, le Leggi Ipotecarie degli Stati Pontificj e del Gran-Ducato di Toscana non accordano alcun privilegio al terzo possessore che patì evizione pel rimborso delle spese fatte sull' immobile, al quale però non può mai negarsi il diritto di valersi del gius di ritenzione. Ma il Codice di Sardegna nell' articolo 2159, che è sotto la Sezione che tratta dei privilegi sopra gli immobili, accorda al terzo possessore un privilegio sopra lo stabile di cui è stato spropriato per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo sino a concorrenza della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio, ovvero del deliberamento contro di lui seguito. Qualunque sia la causa, per cui il terzo possessore fu spogliato dello stabile posseduto, o un' azione di rivendicazione promossa dal vero proprietario, o un' azione reale ipotecaria intentata da creditori ipotecarj o privilegiati, al terzo possessore viene dal Codice di Sardegna anche dopo il rilascio assicurato con un privilegio il rimborso delle spese fatte sull' immobile entro i limiti e la misura stabiliti dalla citata L. 38, pr. D. *De rei vindicatione:* « Usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. » Se pertanto il terzo possessore fece sull' immobile una spesa di 100 che recò un aumento di valore di soli 50, il terzo possessore in grazia della massima della citata Legge Romana adottata dall' articolo 2159 del Codice di Sardegna può ripetere il rimborso con privilegio sino alla sola concorrenza di 50; e se la spesa di 100 avrà recato un miglioramento di 150, il privilegio è esercibile entro i limiti soltanto della somma spesa. A questa disposizione dell' articolo 2159 del Codice di Sardegna fece eco il Codice di Modena accordando nell' articolo 2139 n° 5° sopra riportato (1)

(1) N. 347. pag. 79.

un privilegio sopra lo stabile dimesso al terzo possessore che patì evizione per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo sìno al concorso della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio.

350. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* sotto la categoria dei privilegi sopra gl' immobili pone anch' esso nell' articolo 17 n° 4° un nuovo privilegio, di cui non fanno parola gli altri Codici e le altre Leggi Italiane sopra nominate. È questo il privilegio concesso al difensore legale per gli onorarj e per le spese anticipate nel giudizio sostenuto per la conservazione o per il recupero di un immobile o del suo prezzo sull' immobile conservato o recuperato o suo prezzo. La Legge Toscana accordando sì fatto privilegio rese omaggio al principio stabilito dalle Leggi 5 e 6, D. *Qui pot. in pign.,* giusta le quali è privilegiata la ipoteca di quei creditori, il cui danaro servì alla conservazione della sostanza del debitore: « Interdum posterior potior est priori: ut puta, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti, si navis fuit obligata, et ad armandam eam, vel reficiendam ego credidero. Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. » Essendo un tale privilegio accordato in vista della conservazione o del recupero dell' immobile del debitore, è chiaro che non potrà mai esercitarsi dal patrocinatore del debitore in pregiudizio dei terzi senza la prova della utilità recata al patrimonio del cliente a differenza del patrocinatore della massa dei creditori, i cui onorarj e spese, indipendentemente dalla prova dell' utilità, godono del privilegio generale concesso alle spese giudiziali (1).

351. Abbiamo parlato di tutti i privilegi sopra gli immobili stabiliti dall' articolo 2103 del Codice Napoleone; ma non sono questi i soli privilegi costituiti sopra gli immobili. In fatti l' articolo 2111, che trovasi sotto la Sezione, la quale tratta dei modi coi quali si conservano i privilegi, prescrive il modo, onde i creditori ed i legatarj, che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, conservano riguardo ai creditori degli eredi i loro privilegi sopra i beni immobili dell' eredità. Da quest' articolo adunque si deduce con tutta certezza che i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto hanno un privi-

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, pag. 465, Dec. Conestrelli Giusti e Lucherini Magnani della Corte Regia di Firenze del 31 luglio 1839.

legio sopra i beni immobili della successione. E a dir vero io non so capire il perchè i Compilatori del Codice Napoleone nel fare coll' articolo 2103 la numerazione dei privilegi costituiti sopra gli immobili abbiano taciuto del privilegio competente ai creditori ed ai legatarj che chiedono la separazione del patrimonio del defunto. Ben diversamente dal Codice Napoleone il Codice di Parma nell' articolo 2147 novera tra i creditori privilegiati sopra gli stabili i creditori del defunto e i legatarj sopra gli stabili dell' eredità mediante il benefizio della separazione del patrimonio. Così pure il Progetto Vatimesnil poneva nell' articolo 2104 tra i privilegi sopra gli immobili, supplendo alla ommissione dell' articolo 2103 del Codice Napoleone, il privilegio che hanno i creditori e legatarj sopra gli immobili della successione in forza dell' implorato benefizio della separazione dei patrimonj: « Les créanciers et légataires sur les immeubles de la succession, à raison du droit de demander la séparation des patrimoines (1). » Se dal benefizio della separazione dei patrimonj derivasse ai creditori e legatarj il solo diritto di privilegio sugli immobili della successione, sarebbe qui luogo prima di passar oltre di tener parola di un tal privilegio; ma siccome la separazione dei patrimonj dà diritto di privilegio ai creditori e legatarj tanto sui mobili, quanto sugli immobili della eredità, mi par meglio parlarne, come altra volta ho osservato (2), sotto gli articoli che contemplano i privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gl' immobili.

DEI PRIVILEGI CHE SI ESTENDONO SOPRA I MOBILI E SOPRA GL' IMMOBILI.

Articolo 2104.

I privilegi che si estendono sopra i mobili e gl' immobili sono quelli indicati nell' articolo 2101.

352. Abbiamo altra volta avuto occasione di notare (3) che il Diritto Romano ad alcuni crediti accorda tanto favore da pre-

(1) Moniteur, n. 116, 26 avril 1850.
(2) Vol. 1, pag. 318, n. 297.
(3) Vol. 1, pag. 103, n. 100.

ferirli a qualunque altro, e persino a quelli che sono garantiti da una ipoteca privilegiata. Questi crediti anzi privilegiati di tanto favore si prelevano dalle sostanze tutte che compongono il patrimonio del debitore prima di procedere alla soddisfazione della massa dei creditori. La L. 45, D. *De reliq. et sum. fun.*, ci offre l'esempio di uno di questi crediti, a cui il Diritto Romano concede un tale diritto e privilegio: « Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint. » Ad imitazione del Diritto Romano, ai crediti indicati nell'articolo 2101, a cui è concesso un privilegio sopra la generalità dei mobili, accorda l'articolo 2104 un eguale privilegio sopra la generalità degli immobili. I quali crediti per ciò contemplati nel detto articolo 2101 costituiscono la categoria di quei privilegi, che si estendono sopra i mobili e sopra gl'immobili. Ma sebbene l'articolo 2104 dichiari che i privilegi indicati nell'articolo 2101 si estendono sopra i mobili e gl'immobili, deve però tenersi per certo che i detti privilegi colpiscono principalmente la generalità dei mobili, e sussidiariamente, cioè in difetto di mobili, la generalità degli immobili (1). Ciò si deduce senz'ombra di dubbio dall'articolo 2105, dal quale risulta che il conflitto sul prezzo degli immobili tra i privilegi generali dell'articolo 2101 e i privilegi speciali dell'articolo 2103 può aver luogo allora quando *per mancanza di mobiliare* i creditori privilegiati dell'articolo 2101 si presentano per essere soddisfatti sul prezzo di un immobile in concorso de' creditori privilegiati sopra lo stesso immobile. Quando pertanto non si verificherà la condizione della mancanza del mobiliare, i creditori privilegiati dell'articolo 2101 non potranno presentarsi per essere soddisfatti sul prezzo degli immobili, e presentandosi, i creditori aventi un privilegio speciale sugli stessi immobili potranno con tutto il diritto opporre ai medesimi l'eccezione di escussione per costringerli a rivolgersi prima sui beni mobili del debitore.

Il Persil (2) fa il quesito, se i creditori aventi un privilegio speciale sull'immobile, sul prezzo del quale domandano di essere soddisfatti alcuni de' creditori privilegiati dell'articolo 2101, debbano, avendo opposta la eccezione di escussione sui mobili, anticipare essi medesimi le spese del giudizio di escussione. L'arti-

(1) Troplong, art. 2104, n. 251. Persil, art. 2105, n. 2.
(2) Art. 2104, n. 2.

colo 2023 del Codice Napoleone dispone che il fidejussore che fa istanza per l'escussione, deve indicare al creditore i beni del debitore principale, ed anticipare le spese occorrenti per l'escussione; e così pure secondo l'articolo 2170 il terzo possessore può domandare la precedente escussione degli altri immobili ipotecati per il debito e posseduti dal debitore secondo le forme stabilite nel titolo *della fidejussione.* Assimilando il Persil al caso del fidejussore e del terzo possessore il caso dei creditori che avendo un privilegio speciale sull'immobile, sul prezzo del quale vuol essere soddisfatto alcuno dei creditori dell'articolo 2101, oppongono la eccezione di escussione, conclude che anche in questo caso le spese dell'escussione devono essere anticipate dai creditori opponenti. Io non sono di questo avviso. Infatti giusta l'articolo 2022 il creditore non è tenuto ad escutere il debitore principale che quando il fidejussore ne faccia istanza. È dunque giusto che il fidejussore molestato, che vuol giovarsi dell'eccezione di escussione, ne anticipi le spese necessarie. Al contrario i crediti dell'articolo 2101 hanno propriamente un privilegio sulla generalità dei mobili, e solamente in sussidio e per mancanza di mobili estende la legge un tale privilegio anche sugli immobili. Perchè dunque i creditori dell'articolo 2101 abbiano un diritto efficace di esercitare il privilegio sugl'immobili è mestieri si verifichi la condizione, dalla quale fa dipendere la legge l'esercizio del loro diritto, ossia la mancanza dei beni mobili. E se la mancanza dei beni mobili è la condizione che rende esercibile il privilegio competente ai creditori dell' articolo 2101 sui beni immobili, è chiaro che finchè vi sono beni mobili, i detti creditori non potranno mettere in atto il privilegio sugl'immobili, e dovranno limitare la loro azione ai soli beni mobili esistenti principalmente gravati dal privilegio, anticipando del proprio quelle spese che ogni creditore è tenuto ad anticipare nell'esercizio dei proprj diritti e delle proprie azioni. Io però tengo col Troplong (1) che aprendosi un giudizio di espropriazione su di un immobile, ai creditori dell'articolo 2101, i quali si presentino per essere graduati senza avere escusso prima i beni mobili, si possa nella graduatoria assegnare un grado eventuale da liquidarsi e da avere effetto dopo che sarà stata fatta la escussione dei mobili. Con questo grado eventuale tutti gl'interessi restano difesi e protetti. Quello del

(1) Art. 2104, n. 251.

creditore che ha una ipoteca od un privilegio speciale sull' immobile, perchè l' assegnazione del grado eventuale non impedisce che non debba dai creditori indicati nell' articolo 2101 farsi l' escussione dei beni mobili del debitore, escussione che può far svanire o in tutto o in parte lo stesso grado eventuale, quando col prezzo dei mobili i creditori dell' articolo 2101 ottengano o in tutto o in parte la loro soddisfazione. Quello altresì dei creditori indicati nel detto articolo 2101, perchè tornando vana l' escussione dei mobili, hanno tutto il diritto di valersi e giovarsi del grado ottenuto nel giudizio di espropriazione dell' immobile.

Articolo 2105.

Quando per mancanza di mobiliare i privilegiati enunziati nel precedente articolo si presentano per essere soddisfatti sul prezzo d' un immobile in concorso de' creditori privilegiati sopra lo stesso immobile, i pagamenti si eseguiscono coll' ordine seguente:

1° Per le spese giudiziali ed altre indicate nell' articolo 2101;

2° Per i crediti specificati nell' articolo 2103.

353. L' articolo 2105, dal quale risulta, come si è accennato nell' antecedente numero, che il privilegio dei creditori indicati nell' articolo 2101 sugli immobili del debitore è sussidiario, ossia esercibile in mancanza soltanto di beni mobili, fissa e determina l'ordine col quale devono graduarsi i detti privilegi generali dell'articolo 2101 quando si trovano in conflitto e in concorrenza coi creditori aventi sugli stessi immobili un privilegio speciale. Vuole pertanto e stabilisce che i privilegi generali dell' articolo 2101 in concorso dei privilegi speciali sugli immobili siano sul prezzo degli stessi immobili preferiti ai privilegi speciali. Che se i privilegi generali indicati nell' articolo 2101 vincono sul prezzo degli immobili i creditori che hanno sugli stessi immobili uno speciale privilegio, a più forte ragione saranno preferiti a qualunque cre-

ditore ipotecario. Dico *a più forte ragione*, perchè siccome i privilegi speciali sugli immobili vincono le ipoteche di qualunque genere in grazia della generale disposizione dell' articolo 2095, così i privilegi generali dell' articolo 2101, che vincono i privilegi speciali dell' articolo 2103, dovranno (1) molto più essere preferiti sul prezzo degli immobili a qualunque ipoteca giusta il noto adagio: « si vinco vincentem te, a fortiori vincam te. »

354. Questo esorbitante privilegio accordato ai crediti indicati nell' articolo 2101 fa sì che i privilegi speciali sugli immobili non si trovano abbastanza protetti, e un venditore, p. e., a cui è dovuto il pagamento del prezzo del fondo venduto, non può riposare tranquillo sul suo privilegio, massime se trattasi di piccola proprietà, potendo con lui venire a concorrenza i privilegi generali dell' articolo 2101. Tizio vende un piccolo fondo a Cajo per lo prezzo di lire 1000 da pagarsi entro due anni. Non guari dopo la vendita Cajo ammala, e dopo una lunga e dispendiosa malattia muore non lasciando altri beni che il piccolo fondo e pochi mobili. Le spese funerarie, le gravi spese della lunga malattia, i salarj dovuti ad una persona di servizio, le somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia, e le non poche spese giudiziali fatte per l' interesse della eredità adita dai figli col beneficio della legge assorbono quasi interamente, oltre il valore dei pochi mobili, il prezzo altresì dell' immobile, e così a Tizio venditore torna vano il privilegio datogli dalla legge a garanzia del prezzo della vendita. Questo diritto di generale privilegio sugli immobili concesso ai creditori indicati nell' articolo 2101 è sommamente pregiudicevole al credito fondiario, perchè chi somministra denaro ad un piccolo proprietario, non ostante che abbia verificato essere stato pagato il prezzo della piccola proprietà datagli in ipoteca, e che il debitore celibe non ha aggravato il patrimonio di ipoteche legali, può sempre temere il concorso e la preferenza dei privilegi generali dell' articolo 2101. A ragione pertanto il Duranton (2) grida contro l' esorbitanza del privilegio accordato anche sugli immobili ai creditori indicati nell' articolo 2101, e domanda una modificazione su questo punto dell' attuale Sistema Francese.

355. Il Codice del Regno delle Due Sicilie confermà e ripete

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 201.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 201.

senza alcuna modificazione negli articoli 1973 e 1974, che riguardano i privilegi che si estendono sopra i mobili e gl' immobili, le disposizioni degli articoli 2104 e 2105 del Codice Napoleone.

356. Anche il Codice di Parma stabilisce nell' articolo 2148 che si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili i privilegi enunciati nell' articolo 2129, ossia i crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili, e nell' articolo 2158 dichiara, che i creditori privilegiati, di cui nell' articolo 2129, se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi mobili, o certi stabili, sono pagati a preferenza. Colla quale ultima disposizione il Codice di Parma ha non solo deciso, come ha fatto anche il Codice Napoleone nell' articolo 2105, il dubbio che sulla preferenza poteva nascere nel caso di conflitto sul prezzo degli immobili tra i privilegi generali ed i privilegi speciali, ma ha altresì molto saviamente, supplendo alla lacuna lasciata dal Codice Napoleone, troncato e deciso lo stesso dubbio sulla preferenza da darsi ai privilegi generali messi a conflitto coi privilegi speciali sul prezzo dei mobili. Ma in un punto sostanziale il Codice di Parma diversifica dal Codice Napoleone, ed è che secondo questo Codice i privilegi generali indicati nell'articolo 2101 hanno diritto di esercitare il privilegio sugli immobili in mancanza dei mobili; laddove l' articolo 2158 del Codice di Parma vuole che al pagamento dei privilegi generali indicati nell' articolo 2129 debba contribuire in proporzione tanto la massa de' mobili, quanto la massa degli stabili.

357. Il Codice di Sardegna dispone esso pure nell' articolo 2160 che i privilegi generali indicati all' articolo 2156 si estendono sopra i mobili e sopra gli immobili, ma che i medesimi però non si esercitano sopra gl' immobili che in difetto di mobili, e sotto l' osservanza tra essi dello stesso ordine stabilito relativamente al prezzo dei mobili. Questa disposizione del Codice di Sardegna è pienamente conforme a ciò che stabiliscono i citati articoli 2104 e 2105 del Codice Napoleone. Se non che quanto al grado spettante ai privilegi generali sul prezzo degli immobili nel caso di conflitto coi privilegi speciali sugli immobili stessi, l' articolo 2162 del Codice di Sardegna lungi dall' attenersi alla regola generale adottata nell' articolo 2105 dal Codice Napoleone, dispone, che ove per mancanza di mobili i detti privilegi generali contemplati nell' articolo 2156 si esercitino sugli immobili, quelli,

di cui alli numeri 1, 2 e 3 di detto articolo, cioè le spese di giustizia, le spese funebri, e le spese d' ultima infermità, sono preferiti a' privilegi speciali, di cui negli articoli 2158 e 2159, e che gli altri privilegi generali, cioè le spese per le vesti da lutto della vedova, i salarj dovuti ai domestici, e le somministrazioni per gli alimenti ed indumenti del debitore, sono ai privilegi speciali posposti.

358. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda nell' articolo 9 un privilegio generale sui beni immobili e mobili ai crediti di spese giudiciali, di spese funerarie, di spese di ultima malattia, di salarj delle persone di servizio, di somministrazioni alimentarie, e d' imposizioni Regie e Comunitative; ma nell' articolo 16 dichiara in termini generali ed assoluti conforme alla massima stabilita dall' articolo 2105 del Codice Napoleone che i detti creditori aventi un privilegio generale sui beni immobili e mobili non possono esercitare il loro privilegio sopra gl' immobili che dopo l' escussione dei beni mobili. Quanto poi al grado lo stesso Motuproprio dichiara nell' articolo 46 che i detti creditori contemplati nell' articolo 9, se concorrono tra loro, esercitano il respettivo privilegio sia sugli stabili, sia sui mobili, o sopra quelli e questi, e vengono soddisfatti gradualmente, e nell' ordine stesso di numerazione con cui sono in detto articolo disposti; e nel successivo articolo 47, che se i creditori stessi, o alcuni di essi concorrono coi creditori contemplati negli articoli 17 e 19, ossia coi creditori aventi un privilegio speciale sopra gl' immobili o sopra i mobili, i primi, cioè quelli cui l' articolo 9 concede un privilegio generale sui beni immobili e mobili, ottengono preferenza sopra tutti gli altri.

359. Il Regolamento Ipotecario Pontificio alle spese di giustizia, alle spese funebri, alle spese di ultima infermità, alle mercedi dovute alle persone di servizio, e alle somministrazioni di alimenti, ossia a quei crediti cui gli articoli 2101 e 2104 del Codice Napoleone accordano un privilegio generale sopra i mobili e sopra gl' immobili, attribuisce nel § 62 il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, siano mobili, siano immobili, prima che vengano sodisfatti i creditori privilegiati sugli uni o sugli altri. Con questo sistema s' attenne la Legge Pontificia, come altra volta fu osservato (1), alla massima che Marciano

(1) Vol. 1, pag. 306, n. 284.

nella L. 45, D. *De relig. et sum. fun.*, stabilisce riguardo alle spese funeratizie, che si prelevano dall'eredità prima del pagamento dei debiti. Ordina però la Legge Pontificia nel § 69 conforme alla disposizione dell'articolo 2105 del Codice Napoleone che al pagamento dei detti creditori contemplati nel § 62 debba contribuire in primo luogo la massa de' beni mobili; e se questi non sono bastanti, la massa dei beni immobili, salvi i diritti de' terzi possessori. In forza adunque della massima stabilita dal detto § 62 della Legge Pontificia non può mai nè sul prezzo dei mobili, nè su quello degli immobili nascere conflitto e concorrenza tra i crediti mentovati nel detto § 62 e i crediti privilegiati sopra i mobili o sopra gl' immobili, dovendo i primi essere sempre detratti o prelevati dall' intero patrimonio del debitore prima che vengano soddisfatti i creditori che hanno privilegio o sui mobili o sugli immobili. Secondo la Legge Pontificia le spese di giustizia e gli altri crediti indicati nel § 62 a cui è attribuito il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, non possono venire che in concorso tra loro tanto sopra i mobili, quanto sopra gl' immobili, e in questo caso si pagano giusta il § 69 nell'ordine col quale nello stesso § 62 sono enumerati.

360. Il Progetto Vatimesnil (1) proponeva la soppressione della disposizione dell'articolo 2104 del Codice Civile che estende agli immobili il privilegio generale accordato ai crediti indicati nell'articolo 2101. Avendo il lodato Progetto adottato un sistema di publicità completa, come diremo più avanti, per favorire il credito fondiario, la detta soppressione era una necessità. Imperocchè in un sistema di completa publicità bisogna che il somministrante, che dà denaro colla garanzia di una ipoteca, possa conoscere nel momento stesso della somministrazione tutti i crediti dai quali sarà superato. Ma questo scopo non si ottiene, se il somministrante è minacciato dal pericolo di trovarsi quando che sia vinto da crediti d'incerta somma non esistenti al tempo della somministrazione, i quali vengano a portargli via con privilegio una parte del prezzo dell'immobile datogli in ipoteca. È verissimo che il gran favore accordato dalla legge ai crediti dell'articolo 2101 è giustificato da motivi di equità somma e di umanità; ma il privilegio attribuito agli stessi crediti sulla generalità dei mobili è nella più parte dei casi più che sufficiente ad assicurarne il pa-

(1) Moniteur, 26 avril 1850, n. 116.

gamento; e d' altra parte non deve la legge per favorire una categoria particolare di creditori far danno e pregiudizio al credito fondiario che merita per l' interesse pubblico ogni possibile favore e protezione. Siccome però la detta soppressione era nel Progetto Vatimesnil proposta nel solo interesse del credito fondiario, così fu aggiunta una dichiarazione, la quale stabiliva che se dopo il pagamento dei crediti iscritti, vi restasse una somma libera sul prezzo degli immobili, questa somma dovesse assegnarsi alla classe dei creditori, a cui è accordato il privilegio sulla generalità dei mobili, con preferenza ai creditori chirografarj. In vece pertanto delle disposizioni degli articoli 2104 e 2105 del Codice Civile, il Progetto Vatimesnil chiudeva l' articolo 2104, ove venivano indicati i privilegi sopra gl' immobili, colla seguente disposizione, che venne dall'Assemblea Legislativa pienamente approvata: « Les créances mentionnées dans l'article 2102 (ossia i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili, indicati nel Codice Civile sotto l'articolo 2101) seront colloquées sur le prix des immeubles du débiteur par préférence aux simples créances chirographaires (1). » Riguardo al prezzo degli immobili il Progetto Vatimesnil metteva i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili indicati nell'articolo 2101 del Codice Napoleone nella stessa condizione in cui erano per Gius Romano i privilegi semplici, i quali, come fu detto a suo luogo (2), erano posposti ai creditori ipotecarj (3), e preferiti ai creditori chirografarj.

361. Era a desiderarsi che i Compilatori del Codice di Modena, i quali hanno saviamente adottato un sistema di completa publicità, avessero anch' essi nell' interesse del credito fondiario ristretto il privilegio accordato ai crediti indicati nell' articolo 2123 alla sola generalità dei mobili. Ma a loro non piacque allontanarsi dalla massima stabilita dall'articolo 2104 del Codice Napoleone, che vedesi ripetuta nell'articolo 2140 del Codice di Modena: « *I privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili sono gli enunciati nell' articolo* 2123. » Quanto però al modo di pagamento, i lodati Compilatori anzichè alla disposizione dell'articolo 2105 del Codice Napoleone, che accorda ai crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili un privilegio sussidiario sopra

(1) Moniteur, 12 décembre 1850, n. 346.
(2) Vol. 1, pag. 28, n. 26.
(3) Vinnii Quæst. Select., lib. 2, cap. 4.

gl'immobili in mancanza di mobili, si attennero alla massima stabilita dall'articolo 2158 del Codice di Parma, giusta la quale la massa de'mobili e quella degli stabili devono contribuire in proporzione al pagamento dei detti crediti, i cui privilegi si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili con preferenza assoluta ai creditori che abbiano un privilegio speciale sopra certi mobili o certi stabili. E però la disposizione dell'articolo 2158 del Codice di Parma trovasi ripetuta nell'articolo 2149 del Codice di Modena concepito nei seguenti termini: « *I creditori privilegiati, di cui nell'articolo* 2123 (cioè le spese di giustizia, le spese funerali, le spese d'ultima infermità, i salarj delle persone di servigio, le somministrazioni di alimenti), *se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi mobili, o certi stabili, sono pagati a preferenza. Al loro pagamento però deve contribure in proporzione tanto la massa dei mobili, quanto la massa degli stabili.*

362. È ora tempo di far parola del benefizio della separazione dei patrimonj, da cui nasce ai creditori e legatarj un privilegio sui mobili e sugli immobili della eredità. Il Codice Napoleone non contempla tra i privilegi sui mobili il benefizio della separazione dei patrimonj, e quanto agli immobili, sebbene ne taccia nell'articolo 2103, ove vengono dalla legge determinati i privilegi sugli immobili, al silenzio supplisce e alla ommissione nell'articolo 2111, ove è prescritto il modo, onde i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto conservano riguardo ai creditori degli eredi i loro privilegi sopra i beni immobili della eredità. Ma è certo che il benefizio della separazione attribuisce ai creditori ed ai legatarj un eguale privilegio sui mobili e sugli immobili della eredità. Perciò il Codice di Parma nell'articolo 2148, che contempla i privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili, dichiara con molta esattezza che sopra i mobili e sopra gli stabili si estendono i privilegi enunciati nell'articolo 2129, ossia le spese di giustizia, le spese funerali, le spese di ultima infermità, i salarj delle persone di servigio, le somministrazioni di alimenti, e che vi si estende egualmente il privilegio che i creditori e legatarj hanno sul patrimonio del defunto mediante il beneficio della separazione, colla sola differenza che quelli si estendono sopra tutti i mobili e tutti gli stabili del debitore, e questo non abbraccia che i beni mobili

e stabili del defunto. Analizziamo dunque la natura di questo privilegio della separazione che si estende ai mobili ed agli immobili del defunto debitore.

Uno degli effetti della adizione pura e semplice di una eredità è, come insegna Papiniano nella L. 95, § 2, D. *De solut. et lib.*, la confusione dei diritti e delle obbligazioni che l'erede teneva verso il defunto: « Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem: veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. » Che anzi la semplice adizione di una eredità opera un'assoluta e totale confusione dei due patrimonj, del defunto cioè e dell'erede, di modo che i debiti del defunto si considerano debiti proprj e personali dell'erede, e ciò perchè tutti i diritti ed obblighi della eredità si trasfondono attivamente e passivamente nell'erede, il quale *in omne jus mortui*, come insegna la L. 37, D. *De adquir. vel om. her.*, *non tantum singularum rerum dominium, succedit.* Questa confusione di patrimonj può essere fatale ai creditori del defunto, perchè può verificarsi il caso che i beni della eredità sieno sufficienti al loro pagamento, e che al contrario aprendosi su questi beni il concorso simultaneo dei creditori del defunto e dei creditori personali dell'erede, che non ha beni proprj, i beni della eredità non possano più bastare. È però ai creditori chirografarj del defunto che può essere dannosa la confusione dei patrimonj, non ai creditori ipotécarj, perchè il diritto reale della ipoteca tiene di sua natura separati esso stesso i beni ipotecati appartenenti al patrimònio del defunto da quello dell'erede. L'equità delle Leggi Romane ad impedire il danno, che dalla confusione dei patrimonj poteva derivare ai creditori del defunto, accordò a questi il diritto di chiederne la separazione. Ulpiano nella L. 1, § 1, D. *De separat.*, spiega con tutta chiarezza la ragione, onde viene concesso ai creditori del defunto il diritto di chiedere la detta separazione dei patrimonj: « Solet separatio permitti creditoribus ex his causis; ut puta debitorem quis Sejum habuit, hic decessit, heres ei exstitit Titius: hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit, potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satisfacere: admissis autem commix-

tisque creditoribus Titii, minus sint conseculuri, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt: hic est igitur æquissimum, creditores Seji desiderantes separationem audiri, impetrareque a Prætore, ut separatim quantum cujusque creditoribus præstetur. » Sebbene il legato, che da Modestino nella L. 36, D. *De legat. et fideicom.* 2, chiamasi *donatio testamento relicta*, non sia rigorosamente *æs alienum* della eredità, e l'azione dei legatarj derivi dal testamento dopo la morte del testatore contro l'erede che accettò l'eredità, è però certo, che nella L. 40, D. *De obligat. et act.*, le azioni dei legatarj vengono assimilate alle azioni che hanno i creditori contro l'eredità: « Hereditariarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede ceperint. » Anche nella L. 1, C. *De bon. auctor. Jud. poss.*, la quale mette a confronto i legati di una eredità con quelli lasciati dall'erede, i legati della eredità sono considerati come un debito della medesima: « In bonis mortui potiorem esse causam legatariorum, qui eum (utpote heredem) convenire potuerant, quam eorum, quibus ipse heres legavit, manifestum est, cum prius legatum quasi *æs alienum* exigatur: legatum autem a mortuo relictum, post debiti detractionem inducatur. » Per ciò la L. 6, D. *De separat.*, accorda ai legatarj lo stesso diritto di chiedere la separazione dei patrimonj che hanno i creditori della eredità: « Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem, æquum est: ita ut, cum creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum, vel portio quæratur. » Il quale diritto di chiedere la separazione dei patrimonj accordato ai legatarj se giova ai medesimi in faccia ai creditori personali dell'erede per essere a questi preferiti sulle sostanze ereditarie, punto non può tornare, come dichiarano le parole dell'ultima citata legge *ita ut, cum creditoribus ec.*, in pregiudizio dei creditori della eredità, i quali hanno sempre il diritto di essere soddisfatti preferibilmente ai legatarj. E di questa preferenza accordata ai creditori della eredità non possono dolersi i legatarj, perchè secondo la definizione data dalla L. 116, D. pr. *De leg. et fideicom.* 1, il legato non è altro che « delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. » D'altra parte nella L. 165, D. *De verbor. signif.*, insegna Pomponio che: « *venisse ad heredem* nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno. »

363. Il benefizio della separazione (1) tiene come in sospeso gli effetti dell'adizione, fa sì che ciaschedun patrimonio conservi e ritenga la propria natura, e attribuisce il diritto ai creditori del defunto e ai legatarj di essere coi beni della eredità pagati con preferenza ai creditori personali dell'erede. Ma perchè competa ai creditori del defunto ed ai legatarj il benefizio della separazione è mestieri si verifichino alcune condizioni (2). Primieramente la citata L. 1, § 10, D. *De separat.*, vuole che i creditori ed i legatarj non abbiano seguita la fede dell'erede: « Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt: ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum: quippe cum secuti sunt nomen heredis, nec possunt jam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. » E sebbene la legge ora citata parli di novazione, non si creda che accenni alla vera e propria novazione del credito, chè il benefizio della separazione si perde qualunque volta in un modo qualunque ha il creditore o il legatario mostrata l'intenzione di seguire la fede dell'erede. Così la stessa L. 1, § 10, D. *De separat.*, nega il benefizio della separazione ai creditori: « si usuras ab eo (cioè dall'erede) ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt. » Parimente la stessa L. 1, § 11, nega ai creditori il benefizio della separazione se accettarono dall'erede un mallevadore: « Item quæritur, si satis acceperunt ab eo, an impetrent seperationem? Et non puto: hi enim secuti sunt eum forte, quem movebit. Quid ergo, si non satis idoneum acceperunt? Et sibi imputent, cur minus idoneos fidejussores accipiebant. » Anche nel § 15 della detta legge è negato il benefizio della separazione ai creditori che accettarono dall'erede la garanzia di un pegno: « Si quis pignus ab herede acceperit, non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit; neque enim ferendus est, qui qualiter qualiter, eligentis tamen mente, heredis personam secutus est. » Per questa ragione una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 20 giugno 1829 (3) negò il benefizio della separazione ad un legatario che aveva riconosciuto

(1) Tesoro del Foro Toscano, dec. 50, del 24 gennaio 1821, tom. 3, pag. 141.

(2) Pothier ad Pand., tit. De separat., art. 3.

(3) Collez. delle massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 3, pag. 199, n. 739, Gigli con Gramigna.

per debitori gli eredi. Così pure una Decisione Toscana (1) dichiarò che quegli che riconobbe per suo debitore l'erede non può altrimenti invocare il benefizio della separazione dei patrimonj. La stessa massima è stata adottata dalla Corte Regia di Firenze con Decisioni del 2 maggio 1840, e 5 febbraio 1844 (2), colle quali venne stabilito che le convenzioni stipulate fra il creditore ereditario e l'erede sul modo e sul tempo del pagamento, fuori dei casi della dazione di un mallevadore o della costituzione di un pegno, non importano di per sè stesse la perdita del benefizio della separazione, a meno che dalle stipulazioni stesse non apparisca l'animo del creditore di voler seguire la fede dell'erede, e di prescegliere la obbligazione dello stesso erede a quella originariamente contratta col defunto. Le quali Decisioni della Regia Corte di Firenze sono veramente dettate da quello spirito, onde la L. 2, C. *De bon. auctor. Iud. poss.*, vuole animato il Magistrato, il quale deve accordare la chiesta separazione *causa cognita*, onde non abbiano a godere del benefizio quei creditori o legatarj, i quali seguirono volontariamente la fede dell'erede: « Est jurisdictionis tenor promtissimus, indemnitatisque remedium Edicto Prætoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut quoties separationem bonorum postulant, *causa cognita* impetrent. Reportabis igitur convenientem desiderii tui fructum, si te non heredum fidem secutum, sed *ex necessitate* ad judicium eos provocare demonstraveris. »

364. Affinchè i creditori e i legatarj possano domandare la separazione dei patrimonj, è necessario in secondo luogo che le sostanze ereditarie siano ancora in possesso dell'erede, e non siano state confuse colle sostanze di lui. Papiniano nella L. 2, D. *De separat.*, stabilisce in termini generali ed assoluti che le vendite fatte in buona fede dall'erede prima che i creditori facciano la dimanda della separazione privano rispetto alle cose alienate i creditori ed i legatarj di un tal benefizio: « Ab herede vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur: utique si nulla fraudis incurrat suspicio. Nam quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent. » Coerentemente a

(1) Tesoro del Foro Toscano, tom. 36, pag. 330, dec. 57, del 10 giugno 1834.

(2) Annali di Giurisprud. Toscana, an. 1840, par. 2, pag. 412, an. 1844, par. 2, pag. 112.

questa massima una Decisione Toscana del 29 agosto 1822 (1) stabilì che il terzo possessore de' fondi ereditarj non può esser molestato mediante il benefizio della separazione de' beni. La stessa massima è stata confermata da più altre Decisioni Toscane, le quali s'accordano a stabilire che i creditori e i legatarj non hanno più diritto alla separazione de' beni del debitore dopo che dall'erede furono in buona fede alienati (2). Sebbene la vendita delle cose ereditarie fatta senza frode dall'erede tolga ai creditori e legatarj, rispetto alle cose vendute, il diritto di chiedere la separazione, è però ammesso dal Voet (3) e da parecchie Decisioni Toscane (4), che nonostante la vendita resta salvo il diritto di esercitare il diritto di separazione sul prezzo insoluto della fatta alienazione, e ciò perchè nei giudizj universali, fra i quali si novera la dimanda di separazione dei patrimonj, il prezzo succede in luogo della cosa.

Non solo in forza della vendita fatta dall' erede in buona fede è negato ai creditori e legatarj il benefizio della separazione; ma la L. 1, § 12, D. *De separat.*, lo nega altresì nel caso che le sostanze ereditarie siano state in modo confuse colle sostanze proprie dell' erede, che le une non si possano dalle altre separare e distinguere: « Præterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem: confusis enim bonis et unitis, separatio impetrari non poterit. Quid ergo, si prædia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio; nec ferendus est, qui causatur bona contributa, cum prædia contribui non possint: nisi ita conjunctæ possessiones sint et permixtæ propriis, ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest. »

365. In terzo luogo, perchè i creditori e i legatarj possano domandare la separazione dei patrimonj, vuole la più volte citata L. 1, § 13, D. *De separation.*, che dall' adizione dell' eredità alla

(1) Tesoro del Foro Toscano, dec. 26, tom. 7, pag. 170.

(2) Tesoro del Foro Toscano, dec. 34, del 9 luglio 1824, tom. 12, pag. 176. Dec. 25, del 7 marzo 1827, tom. 20, pag. 178. Dec. 56, del 26 settembre 1834, tom. 38, pag. 358.

(3) Pand. lib. 42, tit. 6, n. 4.

(4) Tesoro del Foro Toscano, dec. 31, del 7 marzo 1831, tom. 28, pag. 168. Dec. 36, del 30 agosto 1833, tom. 33, pag. 258.

dimanda della separazione non sia trascorso un tempo più lungo di un quinquennio: « Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur. » Anche una Decisione Toscana del 9 luglio 1824 (1) stabilì che il creditore non ha più diritto di domandare la separazione dei beni dopo cinque anni dal dì dell'adita eredità del debitore primitivo.

366. La L. 1, D. *De separat.*, più volte citata, accorda il benefizio della separazione ai creditori e ai legatarj di una eredità, onde i medesimi possano essere pagati col prezzo delle sostanze ereditarie preferibilmente ai creditori personali dell'erede; ma lo nega espressamente nel § 2 ai creditori dell'erede, ai quali per ciò non è lecito reclamare alcun gius di preferenza sui beni del loro debitore in concorso e in pregiudizio dei creditori e legatarj di una eredità dallo stesso debitore puramente adita: « Ex contrario autem creditores Titii (cioè dell'erede) non impetrabunt separationem: nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem. » È chiarissima la ragione della differenza che corre a questo riguardo tra i creditori dell'eredità e i creditori dell'erede. Il debitore non ostante i debiti contratti è sempre nel diritto di formarne dei nuovi, e quindi di render peggiore la condizione dei proprj creditori i quali, qualunque sia il loro numero, hanno diritto di essere soddisfatti per contributo. Potrà dunque anche senza far torto ad alcuno accettare puramente una eredità aggravata da debiti, e aggiugnere così al numero de' suoi creditori quelli altresì della eredità adita, i quali non chiedendo il benefizio della separazione saranno pagati unitamente ai creditori personali dell'erede per contributo col prezzo dell'intero patrimonio dell'erede stesso divenuto in forza della adizione il loro debitore. È ben diversa la condizione dei creditori di una eredità, perchè una eredità non deve divenire patrimonio dell'erede e vantaggiare i creditori di lui se non pagati prima i debiti dell'autore, e ciò in forza del principio nella L. 39, § 1, D. *De verb. sign.*, proclamato da Paolo: « Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt; » col quale consuona la massima che nella L. 165, D. *De verb. sign.*, stabilisce Pomponio: « *Venisse ad heredem* nihil intelligitur, nisi

(1) Tesoro del Foro Toscano, dec. 34, tom. 12, pag. 176.

deducto ære alieno. » Il perchè la citata L. 1, § 2, D. *De separ.*, confrontata la condizione dei creditori dell' eredità con quella dei creditori dell' erede conclude: « At qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem conditionem adeundo; quia licet mihi separationem impetrare; suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem, quæ solvendo non est: nec poterunt creditores ejus separationem impetrare. » Applicando questi principj la citata L. 1, § 8, propone il seguente caso. Primo lascia erede Secondo, e Secondo lascia erede Terzo, i beni del quale sono venduti all' asta pubblica ad istanza dei creditori. Quali creditori saranno ammessi a domandare la separazione dei patrimonj? È fuori di dubbio che i creditori di Primo potranno domandare la separazione del patrimonio di esso Primo tanto in faccia ai creditori di Secondo erede immediato di Primo, quanto in faccia ai creditori di Terzo, erede immediato di Secondo e mediato di Primo. Parimenti i creditori di Secondo potranno domandare la separazione del patrimonio dello stesso Secondo in faccia ai creditori di Terzo; ma i creditori di Secondo non potranno domandare la separazione del patrimonio di Secondo in faccia ai creditori di Primo. E perchè ciò? Perchè Secondo è erede di Primo, e i creditori personali dell' erede non possono domandare la separazione in faccia e in pregiudizio dei creditori del defunto autore, che nel caso nostro è Primo: « Secundum hæc videamus, si Primus Secundum heredem scripserit, Secundus Tertium, et Tertii bona veneant: qui creditores possint separationem impetrare? Et putem, si quidem Primi creditores petant, utique audiendos, et adversus Secundi, et adversus Tertii creditores; si vero Secundi creditores petant, adversus Tertii utique eos impetrare posse, adversus Primi autem non posse. In summa, Primi quidem creditores adversus omnes impetrare possunt separationem; Secundi creditores adversus Primi non possunt, adversus Tertii possunt. »

367. La separazione dei beni del debitore defunto da quelli dell' erede opera l' effetto, che i creditori dello stesso defunto ed i legatarj siano pagati sui beni mobili ed immobili della eredità con prelazione a tutti i creditori dell' erede (1). Sebbene l' erede rappresenti il defunto, sebbene il patrimonio del defunto s' im-

(1) Pothier ad Pand., tit. De separ., art. 1, n. 16. Tesoro del Foro Toscano, dec. 55, del 25 gennaio 1826, tom. 18, pag. 258.

medesimi con quello dell' erede, che accettò puramente l' eredità, mediante il benefizio della separazione accordato ai creditori e ai legatarj della eredità si formano due distinte masse di beni, l' una che comprende tutti i beni mobili ed immobili del defunto, l' altra che contiene tutto il patrimonio particolare dell' erede indipendente dai beni della successione. E siccome i beni del debitore sono la garanzia de' suoi creditori, la distinzione che si opera tra la persona del defunto e quella dell' erede, e tra il patrimonio dell' uno e il patrimonio dell' altro, attribuisce necessariamente ai creditori della eredità sul prezzo dei beni che compongono il patrimonio della eredità stessa un diritto assoluto di prelazione a qualunque creditore dell' erede. Nè la morte del debitore rende impossibile la distinzione che nasce dalla separazione dei patrimonj tra la persona del defunto e quella dell' erede, perchè la persona del defunto viene rappresentata dall' eredità stessa, la quale al dire di Fiorentino nella L. 22, D. *De fidejus. et mand.*, si considera come una persona: « Hereditas personæ vice fungitur; siculi municipium, et decuria, et societas. » È dunque indubitato che in forza della separazione dei patrimonj i creditori e i legatarj della eredità a qualunque creditore dell' erede sono preferiti sul prezzo delle sostanze ereditarie. Non importa che l' erede abbia dato in ipoteca i beni dell' eredità ai suoi creditori, non importa che gli stessi beni ereditarj siano per ministero di legge rimasti ipotecati a favore della moglie dell' erede o di qualche pupillo posto sotto la tutela di lui. Dichiara espressamente la più volte citata L. 1, § 3, D. *De separat.*, che il benefizio della separazione dà diritto ai creditori della eredità comechè semplicemente chirografarj di essere preferiti sul prezzo dei beni ereditarj a qualunque creditore ipotecario dell' erede: « Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede jure pignoris, vel hypothecæ, attamen si hereditaria fuit, jure separationis hypotecario creditori potiorem esse eum, qui separationem impetravit. » La stessa massima fu confermata dalla Corte Regia di Firenze con sentenza del 2 gennaio 1845 (1).

368. Ma se la separazione dei patrimonj giova ai creditori e ai legatarj dell' eredità in quanto che loro attribuisce sui beni ereditarj un diritto di prelazione a qualunque creditore dell' erede, nuoce però loro in questo, che quando non abbiano essi po-

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1845, pag. 5, par. 2.

tuto ottenere sui beni dell' eredità una piena soddisfazione del loro avere, non possono più rivolgersi sui beni particolari dell' erede, non ostante l' accettazione pura e semplice della eredità fatta dallo stesso erede. La L. 5, D. *De separat.*, stabilisce questa massima come uno degli effetti che nascono dalla separazione dei patrimonj: « Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus; non poterunt reverti ad heredem; sed eo quod semel postulaverunt, stare debent. » Su questo punto tutti erano d' accordo i Romani Giureconsulti, se non che alcuni pensavano che i creditori ereditarj che domandarono la separazione dei patrimonj, potessero rivolgersi contro i beni particolari dell' erede dopo che erano stati per intero soddisfatti i creditori personali dell' erede stesso, ed altri spingevano il rigore al punto da negare ai creditori ereditarj che chiesero ed ottennero la separazione ogni diritto sui beni particolari dell' erede, quando anche i creditori di quest' ultimo aveano ottenuta una piena ed intiera soddisfazione. Accenna a questa discrepanza di opinioni, che teneva divisi i Romani Giureconsulti, Paolo nella L. 5, D. *De separat.*, nella quale dichiarasi seguace del diritto rigoroso: « Quod si proprii (cioè i creditori dell' erede) ad solidum pervenerunt, id, quod superfuerit, tribuendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona vendiderunt, quæ augmenta non possunt recipere. » Questa medesima opinione è professata da Ulpiano, il quale nella L. 1, § 17, D. *De separ.*, nega assolutamente qualunque diritto ai creditori ereditarj, che chiesero la separazione, sui beni dell' erede anche dopo che furono soddisfatti interamente i creditori personali dello stesso erede: « At si creditores defuncti desiderant, ut etiam in bonis heredis substituantur; non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. » Ma il sommo Papiniano nella L. 3, § 2, D. *De separ.*, preferisce la opinione più equa, e attribuisce il diritto ai creditori ereditarj che chiesero la separazione di rivolgersi sui beni particolari dell' erede, quando furono per intero soddisfatti i creditori di lui: « Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si

proprii creditores heredis fuerint dimissi. » Pare anche a me la opinione equa e benigna di Papiniano preferibile all' altra soverchiamente rigorosa di Ulpiano e di Paolo. Imperocchè la separazione dei patrimonj concessa ai creditori e legatarj dell' eredità non ha altro scopo che di attribuire sui beni ereditarj un diritto di preferenza sopra i creditori personali dell' erede. L' interesse dell' erede è estraneo a questo benefizio, il quale sarebbe inutile e vano quando non vi fosse conflitto e concorrenza tra i creditori ereditarj e i creditori personali dell' erede. Finchè vi sono creditori personali dell' erede a soddisfarsi, è giusto che i creditori ereditarj, che invocarono il benefizio della separazione, non possano rivolgersi sul patrimonio particolare dell' erede; ed in questo caso Ulpiano nella L. 1, § 17, D. *De separat.*, dice con molta ragione: « Qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari. » Ma l' erede, soddisfatti i suoi particolari creditori, nulla può rinfacciare ed opporre ai creditori ereditarj, i quali col rimedio della separazione null' altro cercarono che di acquistare un diritto di prelazione esercibile in faccia ai creditori personali dell' erede stesso. Perchè i creditori personali dell' erede acquistarono il diritto di escludere dal patrimonio particolare dell' erede stesso loro debitore i creditori ereditarj, che chiesero la separazione, tolto di mezzo l' interesse degli stessi creditori personali dell' erede già per intiero soddisfatti, l' erede che adì puramente l' eredità e che subentrò in tutti i diritti ed obblighi del defunto potrà dal suo patrimonio particolare escludere i creditori ereditarj valendosi di una eccezione spettante ai creditori di lui, e derivante dal benefizio di separazione estraneo ai rapporti esistenti tra lui ed i creditori ereditarj? Io credo per ciò che la opinione di Papiniano debba tenersi per la migliore, la quale è anche conforme alla massima della L. 90, D. *De div. reg. jur.*, stabilita da Paolo: « In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit. »

369. Se sono divise le opinioni dei Romani Giureconsulti sul punto di cui or ora abbiamo parlato, sono però concordi ed unanimi nel giudicare che, soddisfatti colle sostanze ereditarie i creditori e legatarj che chiesero la separazione dei patrimonj, i creditori personali dell' erede hanno un incontrastabile diritto di

rivolgersi sulle sostanze dell'eredità che avanzarono. Infatti Papiniano nella citata L. 3, § 2, D. *De separ.*, dopo di aver detto che secondo la sua opinione i creditori ereditarj che chiesero la separazione deono aver diritto sulle sostanze particolari dell'erede, soddisfatti prima i creditori personali dell'erede stesso, conclude: « Quod *sine dubio* admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis. » E Paolo nella L. 5, D. *De separ.*, già citata, il quale tiene, come si è detto, che i creditori ereditarj che chiesero la separazione, non possano mai più in nessun caso rivolgersi sui beni particolari dell'erede appunto perchè vollero, anzi che la persona dell'erede, seguire i beni del defunto che non possono più ricevere aumento, professa una diversa sentenza riguardo ai creditori personali dell'erede, ai quali concede il diritto di far vendere il resto dei beni ereditarj, soddisfatti i pesi della eredità, per la ragione che i creditori personali dell'erede hanno a garanzia loro e il patrimonio proprio dell'erede, e la stessa persona dell'erede, la quale finchè vive è in grado di acquistare e di aumentare il patrimonio proprio: « Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona, et personam, quæ potest, donec vivit, adquirere. » Anche Ulpiano, che nella L. 1, § 17, D. *De separ.*, nega, come si disse, qualunque diritto sui beni proprj dell'erede ai creditori ereditarj che chiesero la separazione per la ragione che devono incolpare sè stessi, se, essendo idonei i beni dell'erede, vollero domandare la separazione dei patrimonj, dice apertamente che ciò non puossi imputare ai creditori personali dell'erede: « Heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. »

370. Sono questi in sostanza i principj della Romana Giurisprudenza intorno al diritto di separazione. Questo diritto è stato pure confermato dal Codice Napoleone, il quale negli articoli 877, 878, 879, 880, 881 stabilisce, che i titoli esecutivi contro il defunto sono parimente esecutivi contro la persona dell'erede; che in qualunque caso, e contro qualunque creditore, i creditori di un defunto possono domandare la separazione del patrimonio dello stesso defunto dal patrimonio dell'erede; che questo diritto non è però più esercibile, quando vi è novazione del debito del defunto coll'aver accettato l'erede per debitore; che si prescrive, riguardo ai mobili, col decorso di tre anni, e che, riguardo agl'immobili, l'azione può esercitarsi finchè esistono in potere dell'erede; e infine che i creditori di un erede non sono ammessi

a domandare la separazione dei patrimonj contro i creditori dell'eredità.

371. Abbiamo detto più sopra (1) che ad impedire gli effetti della separazione non è necessaria per Gius Romano una vera novazione, quella cioè che opera l'estinzione del primo debito, e che basta un atto qualunque col quale il creditore ereditario abbia riconosciuto in suo debitore l'erede seguendo la fede di lui. Non è diverso il senso che deve attribuirsi alla parola *novazione* usata nell'articolo 879 dal Codice Napoleone, senso che viene chiaramente spiegato dalle altre parole dell'articolo stesso *coll'avere accettato l'erede per debitore.*

Il Codice Napoleone concede nell'articolo 878 ai creditori ereditarj il diritto di domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede *in qualunque caso e contro qualunque creditore.* Anche questa disposizione è conforme alle massime della Romana Giurisprudenza. Infatti la L. 4, pr. D. *De separ.*, accorda il detto diritto a qualunque creditore ereditario, e persino ai creditori condizionali: « Creditoribus, quibus ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio dabitur: quoniam et ipsis cautione communi consuletur. » E la più volte citata L. 1, D. *De separ.*, nel § 4 accorda un tale diritto ai creditori ereditarj persino contro il Fisco: « Sed etiam adversus Fiscum et municipes impetraretur separatio. »

L'articolo 878 attribuisce espressamente ai creditori del defunto il diritto di domandare la separazione dei patrimonj, e non fa parola dei legatarj. Ma essendo i legati un peso della successione, anche i legatarj si possono, come altra volta si è avvertito (2), considerare come creditori della eredità, e si deve per ciò anche ai medesimi estendere il beneficio di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (3). Del resto alla ommissione dell'articolo 878, che si tace dei legatarj, supplisce il legislatore nell'articolo 2111, ove sono prescritte le forme, mediante le quali *i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto in conformità dell'ar-*

(1) Num. 363. pag. 95.
(2) Num. 362. pag. 94.
(3) Persil, art. 2111, n. 1.

ticolo 878 conservano i loro privilegi (1). E qui riguardo ai legatarj non vuolsi confondere il privilegio, che loro compete in forza del benefizio della separazione dei patrimonj, col diritto d'ipoteca legale che loro accorda l'articolo 1017, giusta il quale gli eredi del testatore, o altri debitori di un legato sono personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della quota e porzione di cui partecipa nell'eredità; e sono poi tenuti per il tutto coll'azione ipotecaria fino alla concorrenza del valore degl'immobili dell'eredità di cui saranno detentori. Questa legale ipoteca è accordata ai legatarj indipendentemente dal benefizio della separazione dei patrimonj; e si può quindi stabilire che ai legatarj competono due diritti, l'uno indipendente dall'altro, cioè il diritto di privilegio che deriva dal benefizio della separazione dei patrimonj, esercibile nei casi contemplati negli articoli 878, 879, 880, e che si conserva riguardo agli immobili nel modo stabilito dall'articolo 2111, ed inoltre l'ipoteca legale accordata dall'articolo 1017, da conservarsi nel modo prescritto dall'articolo 2134, giusta il quale l'ipoteca tanto legale che giudiziaria e convenzionale, non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell'inscrizione eseguita nella forma e nel modo prescritti dalla legge (2).

Secondo il Gius Romano il diritto di chiedere la separazione dei patrimonj si prescrive col termine di cinque anni facendo tempo dall'adizione dell'eredità. Il Codice Napoleone ha accorciato il tempo della prescrizione riguardo ai mobili, limitandolo a soli tre anni. Riguardo poi agl'immobili, se il diritto di chiedere la separazione può esercitarsi finchè esistono in potere dell'erede, vuole d'altra parte il legislatore colla disposizione dell'articolo 2111 che i creditori ed i legatarj conservino il privilegio che nasce dal benefizio della separazione mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno dei beni immobili della eredità entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione.

372. Il Troplong (3) sostiene che il diritto che hanno i creditori e i legatarj di un defunto di chiedere la separazione dei patrimonj non si può chiamare un vero privilegio. Imperocchè il privilegio deve esercitarsi tra i creditori dello stesso debitore,

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 214.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 213.
(3) Art. 2111, n. 323.

laddove la separazione dei patrimonj è una prerogativa accordata ai creditori del defunto contro i creditori personali dell' erede, ed ha per oggetto di formare due distinte classi di creditori, delle quali l' una ha per debitore il defunto, e l' altra la persona dell' erede. Si fonda inoltre il Troplong nelle disposizioni degli articoli 2101, 2102, 2103 e 2104, i quali, sebbene facciano la numerazione dei diversi privilegi, non fanno mai parola del benefizio della separazione dei patrimonj. Il Duranton (1) tiene una opinione contraria, e sostiene che i creditori ed i legatarj, che dimandano la separazione, hanno un vero e proprio privilegio. Io mi soscrivo all' opinione del Duranton. Imperocchè i creditori del defunto diventano creditori dell' erede che accettò puramente la eredità, sì in forza dei principj stabiliti dalla Romana Giurisprudenza, come in forza dell'articolo 873 del Codice Napoleone, il quale dichiara che gli eredi sono tenuti ai debiti ed ai pesi ereditarj personalmente per la loro parte e porzione civile. Se adunque si apre un giudizio di concorso contro Tizio, che accettò puramente e senza il benefizio dell' inventario l' eredità di Cajo, hanno diritto di comparire come creditori tanto quelli che contrattarono direttamente con Tizio, quanto quelli che contrattarono con Cajo rappresentato dal suo erede Tizio. Il diritto di separazione invocato dai creditori di Cajo non ha altro scopo che di ottenere un diritto di prelazione sui beni ereditarj pervenuti all' erede Tizio in concorso dei creditori personali dello stesso Tizio. Del resto anche il Codice Napoleone nell' articolo 2111, che è sotto la Sezione la quale tratta dei modi coi quali si conservano i privilegi, stabilisce il modo, onde i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, conservano i *loro privilegi sopra i beni immobili dell' eredità.* Io non loderò certamente il Codice Napoleone di avere nell' articolo 2111 annoverato il benefizio della separazione dei patrimonj tra i privilegi sugli immobili, e di non farne parola nella numerazione dei privilegi sui mobili, perchè il detto benefizio produce gli stessi effetti tanto sui mobili quanto sugli immobili della eredità, e se è privilegio sugli immobili, privilegio devesi pure considerare riguardo ai mobili. È però certo, lasciata da banda ogni disputa di parole, che il benefizio della separazione attribuisce ai creditori e legatarj del defunto il diritto di essere preferiti sui beni mobili e im-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 214.

mobili della eredità all'intera massa dei creditori personali dell'erede, e che per ciò, o si chiami privilegio proprio o improprio, deve annoverarsi tra quei privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gl'immobili.

373. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, ad imitazione del Codice Napoleone, tace del benefizio della separazione dei patrimonj negli articoli 1970, 1971, 1972 e 1973, nei quali è fatta la numerazione dei privilegi generali sopra i mobili, dei privilegi sopra determinati mobili, dei privilegi sopra gl'immobili, e dei privilegi che si estendono sopra i mobili e gl'immobili, e solamente nell'articolo 1997, che è sotto la Sezione la quale tratta dei modi coi quali si conservano i privilegi, viene stabilito che i creditori del defunto *tanto ipotecarj non inscritti, che per iscrittura privata,* ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto in conformità dell'articolo 798 conservano riguardo a' creditori degli eredi, o di coloro che rappresentano il defunto, *il loro privilegio* sopra i beni immobili della eredità mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno di tali beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione. L'aggiunta fatta dal Codice delle Due Sicilie *tanto ipotecarj non inscritti, che per iscrittura privata,* serve a dichiarare che il benefizio della separazione dei patrimonj giova propriamente ai creditori chirografarj, nel numero dei quali sono anche i creditori ipotecarj non inscritti, perchè il gius reale della ipoteca inscritta sui beni immobili del defunto debitore tiene, come si disse, di per sè distinti e separati i beni ipotecati dalle sostanze dell'erede. Gli articoli poi 798, 799, 800 e 801 del Codice delle Due Sicilie, che regolano la materia del benefizio della separazione dei patrimonj, sono la ripetizione delle disposizioni degli articoli 878, 879, 880 e 881 del Codice Napoleone.

374. Il Codice di Parma colloca chiaramente e francamente tra i privilegi il benefizio della separazione dei patrimonj. Infatti nell'articolo 2142, che è sotto la Sezione che tratta dei privilegi, e precisamente sotto il § 1 di detta Sezione che contempla i privilegi sopra i mobili, stabilisce che i creditori del defunto, ed i legatarj godono il privilegio sopra i beni mobili dell'eredità mediante il benefizio della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede. Stabilisce inoltre nel successivo articolo 2143 che non vi è luogo al detto privilegio, se sia stata fatta novazione

nel credito contro la eredità del defunto coll'accettare l'erede per debitore; che la separazione dev' essere dimandata giudizialmente entro il corso di tre anni dal giorno in cui si è aperta la successione; che il beneficio della separazione non giova se non a quelli che l'abbiano dimandato, e per li mobili, i quali non fossero stati alienati dall'erede, salvo in questo caso il diritto ai creditori e legatarj del defunto di far valere il privilegio sul prezzo che fosse ancora dovuto dagli acquirenti de' mobili stessi; e che infine non può supplire alla dimanda della separazione la compilazione dell'inventario. Nell'articolo poi 2147, che è sotto la stessa sezione che tratta dei privilegi, e precisamente sotto il § 2 della Sezione medesima, il quale contempla i privilegi sopra gli stabili, lo stesso Codice di Parma stabilisce, che i creditori del defunto, e i legatarj sono privilegiati sopra gli stabili dell'eredità, mediante il benefizio della separazione del patrimonio, che essi possono dimandare in qualunque tempo, ritenuto nel resto quanto è disposto dal già citato articolo 2143. Perciò il Codice di Parma nell'articolo 2148 non si limita a dire, come fa il Codice Napoleone nell'articolo 2104, che si estendono sopra i mobili, e sopra gli stabili i privilegi enunciati nell'articolo 2129, cioè le spese di giustizia, le spese funerali, le spese di ultima infermità, i salarj delle persone di servigio, e le somministrazioni di alimenti: ma dichiara espressamente che vi si estende egualmente il privilegio che i creditori e legatarj hanno sul patrimonio del defunto, mediante il beneficio della separazione colla differenza però che quelli si estendono sopra tutti i mobili e tutti gli stabili del debitore, e questo non abbraccia che i beni mobili e stabili del defunto.

375. Il Codice di Sardegna negli articoli 2156, 2157, 2158 e 2160, che contemplano i privilegi generali sui mobili, i privilegi sopra determinati mobili, i privilegi sopra gli immobili, e infine quelli che si estendono sopra i mobili e sopra gli immobili, tace del benefizio della separazione dei patrimonj, e attenendosi al sistema seguito dal Codice Napoleone, nell'articolo 2211, che è sotto il capo V, che tratta dei modi coi quali si conservano i privilegi e le ipoteche, dichiara che i creditori ed i legatarj conservano riguardo ai creditori degli eredi *il loro privilegio* di separazione del patrimonio del defunto sopra i beni immobili dell'eredità, in conformità dell'art. 1102, mediante le iscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni entro tre mesi dal giorno in cui si

è aperta la successione. La disposizione del quale articolo 2211 si lega strettamente con quella dell'articolo 1102, ove è detto che il diritto di separazione si conserva sugli immobili della successione mediante l'iscrizione del privilegio presa entro il termine utile fissato nel titolo *Dei privilegi e delle ipoteche.* Del resto le massime fissate dagli articoli 1100, 1101, 1102, e 1103 del Codice di Sardegna intorno al diritto accordato ai creditori di una eredità ed ai legatarj di domandare in qualunque caso e contro qualunque creditore la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede sono la ripetizione degli articoli 878, 879, 880 e 881 del Codice Napoleone.

376. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj numera nel § 83 n° 4° tra i privilegi sugl'immobili quello dei creditori e legatarj del defunto anche per cause o istituzioni pie sopra gl'immobili della successione per l'importo del credito e del legato, e nel § 97 dichiara che i creditori del defunto che non hanno fatto iscrivere i loro crediti prima della morte, e i legatarj del medesimo conservano il privilegio enunciato nel suddetto § 83 n° 4° per mezzo della iscrizione da eseguirsi sugli immobili ereditarj entro sei mesi dall'epoca in cui venne aperta la successione, e che tale privilegio attribuisce ai creditori ed ai legatarj il diritto di essere soddisfatti sugli immobili del defunto in preferenza ai creditori dell'erede. La Legge Ipotecaria Pontificia accorda dunque ai creditori della eredità ed ai legatarj un diritto di privilegio sugli immobili del defunto indipendente dal benefizio della separazione dei patrimonj, separazione a cui non hanno i creditori e legatarj della eredità nè bisogno, nè diritto di ricorrere, per essere preferiti sugli immobili del defunto ai creditori dell'erede. Il benefizio della separazione dei patrimonj è riservato dalla Legge Pontificia ai creditori del defunto ed ai legatarj rispetto solamente ai mobili dell'eredità. Infatti nel § 98 è detto, che il privilegio dei creditori e dei legatarj, accordato indipendentemente dal benefizio della separazione nel § 83 n° 4° sugli immobili della eredità da conservarsi nel modo prescritto dal § 97, si conserva ancora sui mobili del defunto col mezzo della separazione de' beni a termini del diritto comune. Secondo pertanto la Legge Pontificia i creditori e legatarj del defunto hanno due diritti di privilegio distinti e indipendenti l'uno dall'altro, l'uno sui mobili della eredità derivante dal benefizio della sepa-

razione dei patrimonj da invocarsi nei modi, casi e termini stabiliti dal Gius Comune, a cui si rimette il citato § 98; l'altro sugli immobili della eredità indipendente dal benefizio della separazione dei patrimonj accordato espressamente dal citato § 83 n° 4°, per l'esercizio del quale i creditori e legatarj del defunto non hanno altro obbligo che di assoggettarsi alla formalità della iscrizione nel modo prescritto dal citato § 97. Io trovo assai giusto il sistema adottato dalla Legge Pontificia. Imperocchè da una parte vuole giustizia che i creditori dell'erede non migliorino la loro condizione col prezzo dei beni immobili della eredità adíta dal loro debitore a scapito dei creditori ereditarj, per la ragione data nella L. 165, D. *De verb. sign.*, da Pomponio: « *Venisse ad heredem* nihil intelligitur, nisi deducto ære alieno. » I creditori quindi dell'erede non possono in alcuna maniera dolersi del privilegio accordato dalla Legge Pontificia ai creditori e legatarj del defunto sugli immobili della eredità. Dall'altra parte la iscrizione, a cui è subordinato il privilegio concesso ai creditori e legatarj del defunto sugli immobili della eredità, tiene luogo di per sè in certa tal qual maniera della dimanda della separazione dei patrimonj.

377. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* dichiara nell'articolo 3 che è dovuta prelazione ai creditori, a favore dei quali ricorre o un privilegio, o il pegno, o il benefizio della separazione dei patrimonj, o l'ipoteca. Considera dunque il benefizio della separazione dei patrimonj come un diritto distinto e diverso dai privilegi, e dichiara nell'articolo 20 sotto il capitolo secondo, che tratta espressamente *del benefizio della separazione dei patrimonj,* che un tale benefizio consiste nel diritto che hanno i creditori di un defunto, anche chirografarj, ed i suoi legatarj di domandare che i beni ed assegnamenti mobili e immobili della eredità vengano separati dal patrimonio proprio dell'erede, e convertiti nel pagamento dei respettivi loro crediti e legati avanti tutti i creditori particolari dell'erede. La facoltà di dedurre il detto benefizio è limitata dall'articolo 22 della lodata Legge Toscana per i beni mobili esistenti nel dominio dell'erede a due anni che si computano dal dì dell'aperta successione; e per i beni stabili, a cinque anni computabili come sopra. E se nel decorso del quinquennio, e prima che sia stato dedotto il benefizio, si sono eseguite dall'erede alienazioni di beni stabili

appartenenti alla successione, rimangono queste giusta l'articolo 23 irretrattabili e ferme, nè la posteriore deduzione del benefizio nuoce agli alienatarj, salvo ciò che possa esser di ragione per le alienazioni fatte con frode, e salvo alle persone, cui compete la separazione, il diritto di comparire utilmente a domandarla nel termine loro accordato per inscrivere dopo l'atto della voltura. È però dichiarato nell'articolo 24 che la deduzione del benefizio è sempre utile sul prezzo estante delle alienazioni, fatta che sia dentro il biennio, o respettivamente dentro il quinquennio. E questa disposizione dell' articolo 24 della Legge Ipotecaria Toscana s' accorda colla dottrina del Voet (1), secondo il quale il prezzo nel giudizio di separazione rappresentar deve la cosa in buona fede dall'erede alienata. « Si tamen pretium a rerum hereditariarum emtore necdum solutum sit, rationem non video, cur non pretii saltem respectu separationis petendæ facultas supersit, dum in judiciis universalibus pretium succedit in locum rei. » Resta inoltre stabilito nell'articolo 25 che i creditori e i legatarj perdono il benefizio della separazione dei patrimonj, se lasciano decorrere il termine del biennio o del quinquennio come sopra senza domandarlo, e rimangono in questo caso con i loro diritti tali quali possono essere di ragione contro l'erede e il suo patrimonio; e che quando ne abbiano fatta la domanda nel quinquennio o biennio predetto conservano il diritto di esercitarlo, e portarlo ad effetto sui beni ereditarj infintantochè non cada per la prescrizione. Finalmente è dichiarato nell'articolo 27 che il benefizio della separazione dei patrimonj giova solamente a quelli che ne profittano, e non si comunica agli altri creditori del defunto che non lo hanno inscritto, o domandato.

378. Il Codice Napoleone senza curarsi di far menzione del benefizio della separazione dei patrimonj tra i privilegi sui mobili, lo ha però senza dubbio collocato nel numero dei privilegi esercibili sugli immobili. Ciò si deduce, come fu già altra volta avvertito, dall'articolo 2111, che prescrive il modo, onde i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto conservano i loro privilegi sopra i beni immobili dell' eredità. Ciò non ostante il Codice Napoleone nell'articolo 2103, ove vengono ad uno ad uno indicati i privilegi sugli immobili, non fa parola del benefizio della separazione dei patrimonj. A

(1) Lib. 42, tit. 6, n. 4.

questo o difetto o inesattezza del Codice Napoleone avea supplito il Progetto Vatimesnil, il quale nell'articolo 2104, oltre il venditore, i coeredi e gli altri privilegi costituiti sugli immobili, collocava nel n° 6° tra questi anche i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj (1):

« Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont:

» 1° Le vendeur etc.

. . . .

» 6° Les créanciers et légataires, sur les immeubles de la succession, à raison du droit de demander la séparation des patrimoines. » La quale aggiunta fu pienamente approvata dall'Assemblea Legislativa (2).

379. Il Codice di Modena ad imitazione della Legge Toscana considera il benefizio della separazione dei patrimonj come un diritto diverso e distinto dai privilegi. Se non che a me pare la disposizione dell'articolo 3 della Legge Ipotecaria Toscana, la quale dichiara essere dovuta prelazione ai creditori, a favore dei quali ricorre o un privilegio, o il pegno, o il benefizio della separazione dei patrimonj, o l'ipoteca, essere più esatta dell'articolo 2117 del Codice di Modena, che numera tra le cause di prelazione soltanto i privilegi e le ipoteche. Capisco il perchè l'articolo 2117 non mette distintamente il pegno tra le cause di prelazione, come quello che essendo nell'articolo 2136 n° 1° collocato nella classe dei privilegi speciali, rimane compreso sotto la categoria dei privilegi. Ma il benefizio della separazione che fu considerato come un diritto distinto dai privilegi, dovea nel citato articolo 2117, che indica le cause di prelazione, essere nominato anch'esso tra le cause di prelazione. Imperocchè il benefizio della separazione, quando anche non si voglia considerare un privilegio, è però sempre una causa di prelazione. Infatti anche il Codice di Modena dichiara nell'articolo 2095 che la separazione può domandarsi da tutti i creditori e legatarj del defunto all'oggetto di essere col patrimonio stesso soddisfatti *prelativamente* a qualunque creditore dell'erede.

Le massime stabilite dal Codice di Modena nel capo 4 del titolo 8 del libro 3 intorno al diritto di separazione sono in sostanza, salve pochissime modificazioni, quelle medesime che fu-

(1) Moniteur, 26 avril 1850, n. 116.
(2) Moniteur, 12 décembre 1850, n. 346.

rono sancite dal Gius Romano, dal Codice Napoleone e dalle altre Leggi Italiane sopra nominate. Infatti l'articolo 2095 dichiara che « *la separazione consiste nella distinzione del patrimonio della persona defunta da quello del suo erede.* » È questo il concetto che dà la più volte citata L. 1, § 1, D. *De separat.*, del benefizio della separazione: « Creditores Sej (cioè del defunto) dicunt, bona Seji sufficere sibi, creditores Titii (cioè dell'erede) contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem.... » È in forza della distinzione che fa la legge tra il patrimonio del defunto e quello dell'erede, tra la persona del defunto stesso e quella dell'erede, che il Troplong (1) non vuole ammettere tra i privilegi il benefizio della separazione, in quanto che i privilegi si esercitano tra i creditori dello stesso debitore, e a questa opinione del Troplong si attennero appunto i Compilatori del Codice di Modena. Dichiara inoltre il citato articolo 2095 che la separazione « *può dimandarsi da tutti i creditori e legatarj del defunto, all'oggetto di essere col patrimonio stesso sodisfatti prelativamente a qualunque creditore dell'erede.* » Il Codice Napoleone nell'articolo 878, col quale accorda il benefizio della separazione, parla dei soli creditori del defunto, e tace dei legatarj, e solamente coll'articolo 2111, onde è attribuito lo stesso diritto ai creditori e ai legatarj, supplisce al silenzio del citato articolo 878. Con più esattezza i Compilatori del Codice di Modena concedono col detto articolo 2095 il diritto della separazione a tutti i creditori e legatarj del defunto. Stabilisce il successivo articolo 2096 che « *non è ammesso il benefizio della separazione, se è stata fatta novazione nel credito contro l'eredità coll'accettare l'erede per debitore.* » Questa disposizione non è che la ripetizione dell'articolo 879 del Codice Napoleone, e non possiamo che ridire e confermare l'osservazione del Persil (2), che cioè non è necessaria ad impedire il benefizio della separazione una vera novazione, e che basta quella qualunque novazione impropria, che consiste nell'accettare e riconoscere l'erede per debitore. Le espressioni del detto articolo 2096 *nel credito contro l'eredità* sono molto esatte, perchè nella L. 34, D. *De acquir. rer. dom.*, è detto chiaramente da Ulpiano, che la eredità rappresenta la persona del defunto: « Hereditas non

(1) Art. 2111, n. 323.
(2) Art. 2111, n. 2.

heredis personam, sed defuncti sustinet. » Anche giusta l'insegnamento di Giustiniano (1) l'eredità non adita si considera come una persona, e rappresenta il defunto senza bisogno dell'erede: « Nondum adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti. » La qual massima è applicabile al caso della separazione dei patrimonj, perchè la eredità del defunto in faccia ai creditori e ai legatarj si considera come se non fosse stata adita dall'erede. Insegna la L. 2, C. *De bon. auctor. Jud. possid.*, che il Pretore accorda il beneflzio della separazione *causa cognita*, e che deve principalmente investigare se i creditori dell'eredità seguirono o no la fede dell'erede. Questa investigazione apre il campo necessariamente a mille dubbj e questioni, perchè molti atti, che hanno l'apparenza di uno spontaneo e volontario riconoscimento dell'erede in debitore, possono essere in realtà atti provocati dalla necessità, anzi che dall'animo di voler seguire la fede dell'erede, e di accettarlo in debitore. Valga ad esempio il caso che nella citata L. 2, C. *De bon. auct. Jud. possid.*, trovasi deciso in favore dei creditori che citarono in giudizio l'erede: « Reportabis igitur convenientem desiderii tui fructum, si te non heredum fidem secutum, sed ex necessitate ad judicium eos provocare demonstraveris. » Il Persil (2) parlando di questa novazione che consiste nell'accettare l'erede per debitore, e che toglie il diritto di domandare la separazione dei patrimonj esclama: « Mais là commencent toutes les questions de faits, qui sont laissées à l'appréciation des tribunaux. Ils auront à décider d'après les termes des actes, si le créancier a eu réellement la volonté d'accepter l'héritier pour débiteur. » Non era dunque meglio che i Compilatori del Codice di Modena togliessero il campo alle infinite ed intricate questioni di fatto, a cui accenna molto opportunamente il Persil, determinando tassativamente i casi in cui dovrebbe ritenersi accettato dai creditori ereditarj l'erede in debitore? Io per me credo che questi casi avrebbero dovuto limitarsi a due, ben inteso oltre quelli che importano vera e propria novazione, cioè 1° quando i creditori e i legatarj del defunto accettano dall'erede un fidejussore, 2° quando ai medesimi è dato dall'erede un pegno, o è in favor loro costituita una ipoteca.

L'articolo 2097 del Codice di Modena dispone che « *il bene*

(1) Instit., lib. 2, tit. 14, § 2.
(2) Art. 2111, n. 2.

fizio della separazione in ordine ai mobili deve essere invocato giudizialmente dentro l'anno dal giorno dell' aperta successione; » ed inoltre che « *se nel corso dell'anno è stato alienato qualche mobile dall' erede, ai creditori ed ai legatarj non compete se non che la prelazione sul prezzo che fosse ancora insoluto.* » I privilegi essendo una creazione della legge competono *ipso jure*. Non è così del diritto di prelazione derivante dal benefizio della separazione dei patrimonj, che giusta la L. 1, D. pr. *De separ.*, deve essere accordata dal Pretore: « Sciendum est, separationem solere impetrari decreto Prætoris. » Questo diritto, come si disse più sopra, si prescrive per Diritto Romano nel termine di un quinquennio dalla adizione della eredità tanto riguardo ai mobili, quanto riguardo agli immobili (1). Il Codice Napoleone intorno alla prescrizione di questo diritto tiene una regola diversa secondo che trattasi dei mobili o degli immobili della eredità, e riguardo ai mobili, dichiara nell' articolo 880 che si prescrive col decorso di tre anni, senza però determinare se i tre anni corrano dal giorno dell'aperta successione, o da quello dell'adizione dell'eredità. Gli altri Codici Italiani sopra nominati distinguono anch'essi, quanto alla prescrizione del diritto di chiedere la separazione, i mobili dagli immobili dell'eredità, e il Codice di Parma p. e. nell'articolo 2143 s'attiene rispetto ai mobili al termine dei tre anni fissato anche dal Codice Napoleone, ma dichiara espressamente che i tre anni devono correre dal giorno in cui si è aperta la successione. Più saviamente il Motuproprio Toscano nell'articolo 22 limita la facoltà di dedurre il detto benefizio per i beni mobili esistenti nel dominio dell'erede a due anni che si computano dal dì dell'aperta successione; e più saggiamente ancora i Compilatori del Codice di Modena hanno stabilito nel citato articolo 2097 che il detto benefizio in ordine ai mobili deve essere invocato dentro l'anno dal giorno dell'aperta successione. Accordando il Codice di Modena col detto articolo 2097 ai creditori ed ai legatarj la prelazione sul prezzo insoluto dei mobili alienati dall'erede nel corso dell'anno, si è attenuto alla massima adottata dal Voet (2), il quale sciogliendo il dubbio, se i creditori e i legatarj possano esercitare il benefizio della separazione sul prezzo delle cose alienate dall'erede, decide potersi ai mede-

(1) Voet, lib. 42, tit. 6, n. 4.
(2) Lib. 42, tit. 6, n. 4.

simi accordare un tale diritto. Il Codice Napoleone lasciò indeciso questo dubbio, cui con migliore consiglio tolsero il Codice di Parma nell'articolo 2143, il Motuproprio Toscano nell'articolo 24, e finalmente nel citato articolo 2097 il Codice di Modena. Dichiara inoltre il Codice di Modena nello stesso articolo 2097 che il benefizio della separazione « *non giova se non se a quelli che l'hanno dimandato.* » La più volte citata L. 1, § 16, D. *De separ.*, fa il caso che alcuni creditori dell'eredità abbiano seguita la fede dell'erede ed altri no, e decide che il benefizio della separazione chiesto ed ottenuto dagli ultimi non può giovare ai primi, i quali sono considerati altrettanti creditori dell'erede: « Quæsitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti; et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem: an eos secum admittant, qui secuti sunt? Et putem, nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerandos. » Ove si applichi la stessa massima al caso che alcuni creditori abbiano chiesta la separazione ed altri no, si può con tutta certezza concludere che questi ultimi non possono godere di un benefizio concesso soltanto a quelli che lo domandarono. Il Codice Napoleone non ha contemplato questo caso, ma il Codice di Parma nell'articolo 2143 e il Motuproprio Toscano nell'articolo 27 non hanno mancato di dichiarare che il benefizio di separazione non giova e non può comunicarsi a quelli che non l'hanno chiesto, e a questa massima conforme al principio stabilito colla detta L. 1, § 16, D. *De separat.*, si attennero colla disposizione del detto articolo 2097 i Compilatori del Codice di Modena.

Le disposizioni degli articoli 2095 e 2096 del Codice di Modena riguardano il benefizio della separazione in generale, alle quali deve aggiungersi anche quella dell'articolo 2101, il quale dispone che « *i creditori dell' erede non sono ammessi a dimandare la separazione dei patrimonj contro i creditori e legatarj dell' eredità.* » La quale ultima disposizione non è che la ripetizione della L. 1, § 2, D. *De separat.*, e dell'articolo 881 del Codice Napoleone. L'articolo 2097 contempla il benefizio della separazione in ordine ai mobili della eredità. Gli articoli poi 2098, 2099 e 2100 riguardano il benefizio della separazione in ordine agli immobili. Ma siccome le massime fissate da questi ultimi articoli, che riguardano il benefizio della separazione intorno agli

immobili, hanno uno strettissimo rapporto colla disposizione dell'articolo 2111 del Codice Napoleone, così ci rimarremo per ora dal farne parola aspettando di avere illustrato il detto articolo 2111 del detto Codice. L'ultima disposizione dell'articolo 2102, colla quale chiude il Codice di Modena la materia della separazione dei patrimonj, contiene una massima applicabile ai mobili e agli immobili della eredità; ma anche di questa meglio è tener parola dopo che avremo sotto l'articolo 2111 del Codice Napoleone considerato il benefizio della separazione sotto il rapporto della inscrizione.

DEI MODI COI QUALI SI CONSERVANO I PRIVILEGI.

Articolo 2106.

I privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche, nel modo determinato dalla legge, e dalla data di tale inscrizione, sotto le sole seguenti eccezioni.

380. Prima di sottoporre ad esame la disposizione dell'articolo 2106 è mestieri dir qualche parola intorno al sistema di publicità a cui furono assoggettati i privilegi e le ipoteche dal Codice Napoleone e dai più moderni Codici d'Italia, perchè senza un'idea generale di questo sistema di publicità non si potrebbero apprezzare giustamente le norme dalla legge stabilite per la conservazione dei privilegi. Per Gius Romano l'ipoteca era occulta, e le tenebre, che coprivano i carichi reali onde gl'immobili erano gravati, largo campo offrivano ai proprietarj di mala fede di vendere o d'ipotecare come liberi dei fondi già gravati d'ipoteche. Col sistema delle ipoteche occulte non poteva mai esservi sicurezza assoluta nè per gli acquirenti nè per i somministratori, i quali sul prezzo della vendita e sull'interesse esorbitante del denaro somministrato cercavano un compenso dei rischi a cui si esponevano, o pretendevano garanzie ipotecarie al di là del vero

bisogno con danno infinito dei poveri proprietarj costretti a subire la dura legge dei creditori e degli acquirenti. Lungo sarebbe a dire tutti gl' inconvenienti che traea seco il sistema romano delle ipoteche occulte, inconvenienti che l' illustre Odier (1) riassume sotto i seguenti capi: « *facilité du stellionat, insécurité des acquéreurs et des prêteurs, aggravation dans les conditions des ventes et des prêts, et dépréciation de la propriété foncière.* » Il sistema delle ipoteche occulte, giustamente proscritto dalle moderne legislazioni, è incompatibile col credito fondiario. Imperocchè *credito* è sinonimo di confidenza, e però il credito fondiario che deve riposare sulla sicurezza non può conciliarsi con un sistema che di sicurezza è incapace.

In Francia prima della rivoluzione del 1789 la ipoteca era occulta, e non accade parlare dei diversi tentativi fatti in varie epoche per introdurvi un sistema di publicità. La prima legge che in Francia consacrò il sistema della publicità delle ipoteche fu quella del 9 messidoro anno 3 (27 giugno 1795); ma nè pur questa legge ebbe pratica esecuzione. Fu veramente la legge dell' 11 brumajo anno settimo (1 novembre 1798) quella che stabilì praticamente la prima il sistema della publicità. Questa legge repubblicana 11 brumajo anno 7 operò una completa rivoluzione nel sistema delle ipoteche, e al sistema occulto sostituì quello di una assoluta publicità, ordinando che tutte le ipoteche di qualunque natura e tutti i privilegi costituiti sopra gl' immobili dovessero rendersi publici mediante una inscrizione accesa sopra i registri del conservatore aperti ad ognuno. A ciò solo non si limitò la legge di brumajo. Imperocchè siccome ogni sistema ipotecario ha per base la proprietà, e se questa non è ben certa e verificata anche la ipoteca vacilla, quindi la legge di brumajo con opportuno e savissimo provvedimento volle estendere agli atti traslativi di proprietà il principio della publicità, ordinando che anche questi dovessero essere trascritti sui registri delle ipoteche, e che prima della trascrizione non avessero alcuna esistenza legale in faccia ai terzi. Sotto l' impero di questa legge lo stato di fortuna di un cittadino rispetto ai beni immobili era messo in evidenza. Imperocchè da una parte non vi aveva alcun credito o ipotecario o privilegiato che non dovesse essere iscritto; dall' altra nessuno era considerato come proprietario se non dal giorno

(1) Des Systèmes Hypothécaires, § 1, n. 16.

in cui avea fatta la trascrizione dei titoli di proprietà. Con questo sistema di publicità completa ed assoluta adottato dalla legge di brumajo il credito fondiario non poteva essere contrariato da alcun ostacolo. Imperocchè ciascuno che si faceva a contrattare con un possessore, mediante una operazione semplicissima di aritmetica, cioè con una somma per conoscere l' ammontare dei crediti iscritti che poteano vincerlo, e una sottrazione per vedere la differenza tra l' ammontare dei crediti iscritti e il valore dell' immobile, era in grado di verificare con certezza la sicurezza del grado che gli sarebbe toccato. E mentre questo sistema giovava ai somministratori, i quali potevano affidare con sicurezza e senza pericolo i loro capitali al debitore a fronte di una garanzia ipotecaria, era altresì di utile al debitore ipotecante, il quale poteva ottenere il denaro ad interesse moderato. Imperocchè l' interesse del denaro non rappresenta soltanto ciò che il capitale può dare di frutto, ma altresì il rischio che il somministrante o corre o crede di poter correre; e quando si somministra colla garanzia di un pegno che offre una piena sicurezza, l' interesse del denaro è sempre meno alto. Questo sistema di publicità assoluta adottato dalla legge di brumajo traeva seco la necessità di non poche spese, ma almeno il carico di tali spese era compensato dalla piena sicurezza che procurava ai somministratori ed agli acquirenti.

Ecco adunque due opposti sistemi d' ipoteche, il sistema romano delle ipoteche occulte, meritamente condannato dal senno e dalla autorità dei migliori Giureconsulti, e il sistema di una completa ed assoluta pubblicità messo in vigore in Francia dalla legge 11 brumajo anno 7, sistema che recando il vantaggio di una sicurezza assoluta dà al credito fondiario una vita florida e prospera con vantaggio del commercio e dell' agricoltura. I Compilatori del Codice Napoleone ebbero a scegliere tra questi due opposti sistemi, e pareva che la scelta non dovesse essere incerta. Disgraziatamente la cosa andò altrimenti. Allora che fu discussa avanti il Consiglio di Stato la materia del titolo 18 del libro terzo del Codice Civile si accese una viva ed accanita disputa tra i partigiani del sistema occulto e segreto, e i partigiani della publicità, disputa che finì con un sistema di transazione cui pose il suggello la parola onnipossente di Napoleone. Con questa transazione fu ammesso e adottato il principio della publicità, ma si volle che

il sistema della Legge 11 brumaio anno 7 fosse modificato in maniera che la pubblicità e la necessità dell' inscrizione non potessero nuocere alle ipoteche delle donne e dei minori, e così si adottò un sistema misto ossia di mezza pubblicità, sistema che consacra ad un tempo la pubblicità ed il segreto. Nelle questioni private nulla è più utile e più lodevole di un' equa transazione che ponga fine al dissidio dei piatitori; ma nella civile legislazione allora che il legislatore vuole ottenere un fine preciso e determinato, com' era nel caso, di cui si parla, quello della pubblicità, qualunque transazione tra due opposti sistemi non può produrre che un risultato difettoso e imperfetto. E fu tale il sistema che risultò dalla transazione adottata dal Codice Napoleone nella materia delle ipoteche, le quali non sono nè affatto pubbliche nè affatto occulte, essendovene alcune legali dispensate dall' obbligo della inscrizione. Sotto l' impero di questo sistema misto del Codice Napoleone si fanno imprestiti con un po' più di sicurezza che sotto l' antico sistema delle ipoteche occulte; ma non è dato di potere somministrar danaro con una piena sicurezza. Imperocchè se si possono fare somministrazioni colla conoscenza esatta delle ipoteche convenzionali e giudiziali che colpiscono i beni del debitore, chi assicura che i beni stessi non siano gravati dell' onere occulto di qualche ipoteca legale esente dall' obbligo della inscrizione a carico dello stesso debitore o di quelli che gli trasmisero la proprietà degli immobili ipotecati? Queste ipoteche occulte possono da un momento all' altro mettere in pericolo il capitale del creditore, e nessuno, per belle che siano le apparenze, si può fidare e tener sicuro della garanzia ipotecaria datagli dal suo debitore. E così il proprietario che offre in ipoteca la sua terra, difficilmente trova un somministratore appunto perchè la terra non può offrire al creditore la necessaria sicurezza. Solamente col sistema di pubblicità completa inaugurato dalla Legge 11 brumaio il credito fondiario può aver vita e prosperare, perchè allora tutti i carichi ipotecarj si manifestano chiaramente agli occhi dei somministratori, i quali di per sè stessi anche senza bisogno dell' assistenza di alcun giurisperito, fatto il confronto tra l' ammontare complessivo dei detti pesi ipotecarj e il valore dell' immobile, sono in grado di conoscere la loro posizione, e di fissare anticipatamente la sorte della loro ipoteca. Il sistema misto di pubblicità abbracciato dal Codice Napoleone non poteva non riuscire

fatale al credito fondiario, e a ragione l'illustre Vatimesnil (1) nel suo Rapporto, che serviva di preambolo al Progetto da lui presentato a nome della Commissione nominata dall'Assemblea Legislativa per l'esame del Progetto ministeriale Rouher, disse che il legislatore mancò al suo fine, e che il pubblico sopporta il carico delle gravi spese, cui trae seco necessariamente un sistema qualunque anche incompleto di pubblicità, senza goderne il benefizio.

Ma il vizio radicale del sistema del Codice Napoleone non sta solo nella semipubblicità adottata per le ipoteche. Vi è nel Codice Napoleone un altro vizio di una più grave importanza e tale che renderebbe imperfetto un sistema qualunque ipotecario di completa pubblicità. Questo vizio è la mancanza di pubblicità degli atti che trasferiscono la proprietà (2). La Legge di brumaio, come si disse, non si contentò di ordinare che tutte le ipoteche e tutti i privilegi costituiti sugli immobili dovessero essere iscritti. Comandò di più che gli atti, onde viene trasferita la proprietà degli immobili, dovessero anch'essi essere resi pubblici ossia trascritti sui registri del conservatore delle ipoteche, e che prima della eseguita trascrizione non avessero effetto in faccia ai terzi. E bene i Compilatori del Codice Napoleone applicarono questa stessa massima della Legge di brumaio alle donazioni e alle sostituzioni. Infatti gli articoli 939 e 941 dichiarano che quando si farà donazione di beni suscettibili d'ipoteche, la trascrizione degli atti contenenti la donazione e l'accettazione, non che la notifica dell'accettazione che si fosse fatta con atto separato, dovrà eseguirsi negli officj delle ipoteche esistenti nel circondario in cui sono situati i beni, e che potrà opporsi la mancanza di trascrizione dagli aventi interesse. Parimenti gli articoli 1069, 1070, e 1071 stabiliscono che le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, col peso di restituzione, dovranno rendersi pubbliche, quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo dove sono situati, che la mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione potrà dai creditori e dai terzi acquirenti essere opposta anche ai minori o agli interdetti, e che la mancanza della trascrizione non potrà essere supplita od iscusata per la notizia che in qualunque altro modo i creditori o i terzi acquirenti potessero avere avuto della disposizione. Questi articoli ora

(1) Moniteur, 26 avril 1850, n. 116.
(2) Pierre Odier, Des Systèmes Hypothécaires, § 3, n. 69.

indicati relativi alla trascrizione delle donazioni e delle sostituzioni sono informati dello stesso spirito onde era animata la Legge di brumaio; ma i Compilatori del Codice Napoleone si allontanarono dalla massima sancita da questa legge quando si trattò degli atti a titolo oneroso, rispetto ai quali non fu richiesta la trascrizione siccome una condizione necessaria al trasferimento della proprietà in faccia ai terzi. Forse gli articoli succitati riguardanti la trascrizione delle donazioni e delle sostituzioni si legavano nella mente dei Compilatori col sistema prestabilito di pubblicità completa conforme a quello della legge di brumaio. Questo pensiero dei Compilatori traspare dalla stessa disposizione dell'articolo 1583, il quale non stabilisce in termini assoluti che la vendita è perfetta, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, ma invece che la vendità è perfetta *fra le parti*, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore *riguardo al venditore*. L'aggiunta di queste espressioni *fra le parti*, e *riguardo al venditore*, che danno alla disposizione un senso ristretto e limitato, fanno concepire l'idea che a rendere perfetta la vendita, ed efficace la traslazione del dominio in faccia ai terzi, sarebbe necessaria un'altra condizione, la quale non poteva essere che la trascrizione del contratto. E infatti fu assai viva la disputa che si agitò avanti il Consiglio di Stato intorno al punto, se si dovesse o no conservare intatto il principio stabilito dalla Legge di brumaio sulla necessità della trascrizione degli atti onde è trasferita la proprietà, necessità con molto calore sostenuta e difesa dalla logica potentissima di Treilhard. Prevalse fatalmente l'opinione contraria, e fu quindi rigettata la disposizione del progetto del Codice Civile che riproduceva la massima della Legge di brumaio, e furono così dispensati dall'obbligo della trascrizione gli atti onde la proprietà è trasferita a titolo oneroso. Furono invero i Compilatori del Codice Napoleone poco coerenti a sè stessi, perchè avendo ammessa la necessità della trascrizione nel caso delle donazioni, non vi era una ragione per dispensare da una tale formalità gli atti a titolo oneroso. L'acquirente a titolo oneroso, che non ha trascritto, non merita in faccia ai terzi maggior favore del donatario, che ha ommessa la formalità della trascrizione, perchè i terzi possono avere eguale interesse a conoscere la traslazione di una proprietà da una ad altra persona, o sia avvenuta per atto a titolo lucrativo o per atto a titolo one-

roso. Il Codice Napoleone permettendo le vendite occulte ha distrutto ogni sicurezza pei terzi, perchè il creditore non può giammai esser certo che la proprietà che gli viene offerta in ipoteca non sia già stata alienata con un atto rimasto occulto. Un proprietario p. e. vende un immobile con atto autentico o con scrittura privata avente data certa. Non essendo necessaria la trascrizione alla traslazione del dominio, la vendita non solo è perfetta tra le parti, ma il dominio passò irrevocabilmente dal venditore nel compratore. Poco dopo il venditore o vende lo stesso fondo già venduto ad un secondo compratore di buona fede, o ipoteca il fondo stesso ad un suo creditore. La seconda vendita e parimenti l'ipoteca costituita sopra un immobile che più non appartiene all'ipotecante sono evidentemente nulle e di niun effetto; e intanto il secondo compratore e il creditore, i quali per difetto di trascrizione non furono informati del contratto che spogliò del dominio la persona con cui contrattarono in buona fede, sono rimasti ingannati. Questo sistema del Codice Napoleone è di gran lunga peggiore e più dannoso del sistema occulto romano. Imperocchè il Gius Romano, il quale d'altra parte non ebbe la pretesa di istituire un sistema ipotecario basato sulla pubblicità, voleva almeno che alla traslazione del dominio fosse necessaria la tradizione, dimodochè il venditore, come insegna Giustiniano nelle sue Instituzioni (1), prima della tradizione era sempre il padrone della cosa venduta: « Qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. » Per Gius Romano la vendita non era che una causa abile a trasferire il dominio, ma la vera traslazione del dominio si operava, come risulta dalla L. 31, D, *De adquir. rer. dom.*, mediante la tradizione: « Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam sequeretur. » Essendo la tradizione una condizione essenziale alla traslazione del dominio, più difficilmente i terzi potevano essere tratti in inganno dall'antico proprietario, il quale non era spogliato del suo dominio colla semplice stipulazione di un contratto di vendita. Al contrario il Codice Napoleone coll'articolo 1583 ha proclamato il principio che la proprietà si acquista dal comprapratore *ipso jure* nel momento stesso che fu tra lui e il venditore convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non abbia ancora avuto luogo la tradizione della cosa, nè sia stato pagato il prez-

(1) Lib. 3, tit. 24, § 3.

zo; e però l'antico proprietario che trovasi ancora in possesso della cosa alienata più facilmente può tendere un laccio alla buona fede o di un somministratore o di un secondo acquirente. Se un possessore, che ha venduto il suo fondo con atto non trascritto, lo vende di nuovo ad un secondo acquirente, o lo dà in ipoteca ad un suo creditore come se ancora gli appartenesse in proprietà, si rende certamente colpevole di stellionato. Ma sopra chi devono ricadere le conseguenze di questa colpa? Non certamente sul creditore o sul secondo acquirente che non hanno potuto ricever lume dai registri ipotecarj, dove non fu trascritto il contratto che privò il possessore del suo dominio. È giusto che le conseguenze della colpa del possessore tornino a danno del primo acquirente, che per non avere fatto la trascrizione del suo contratto ha tratto in errore i terzi che in buona fede contrattarono come se il primo contratto non avesse avuto luogo. Quando al compratore è lasciata la libertà di fare o di non fare la trascrizione del suo contratto che spogliò del dominio il venditore, i terzi non hanno altra garanzia che la moralità o buona fede del possessore con cui contrattano. I Compilatori del Codice Napoleone col rigettare la proposta disposizione sulla necessità della trascrizione degli atti onde è trasferita a titolo oneroso la proprietà degli immobili, mancarono al fine cui ebbero in mira introducendo il sistema della pubblicità delle ipoteche. Imperocchè quando si fonda un sistema, duopo è ammettere tutte le condizioni che a quello si attengono. In grazia del vincolo strettissimo che lega il gius reale della ipoteca col gius di proprietà degli immobili, sui quali la ipoteca è radicata, i due elementi di pubblicità indispensabili di un buon sistema ipotecario sono la trascrizione riguardo agli atti onde è trasferito o a titolo lucrativo od oneroso il gius di proprietà, e la iscrizione riguardo ai crediti. Come il creditore che non iscrive il suo credito non è messo nel numero dei creditori ipotecarj, così l'alienatario di beni immobili che non fa la trascrizione del suo contratto non può e non deve in faccia ai terzi considerarsi proprietario. Il falso sistema del Codice Napoleone ha fatto le sue prove, recando tristissimi e deplorabili frutti, e sorse ovunque contro il medesimo una voce di biasimo e di lamento (1). Allora che nel 4 aprile 1850 Rouher ministro di giustizia di Luigi Napoleone Presidente della Repubblica Francese presentò all'Assemblea Legislativa il

(1) Odier, Des Systèm. Hyp., § 3, n. 70.

Progetto di riforma della Legge Ipotecaria disse francamente, essere grave la misura che il Governo si faceva a proporre di modificare il Sistema Ipotecario; ma essere domandata dalla unanimità dei giureconsulti, dalla esperienza, e dalla necessità di assicurare il credito fondiario su solide basi (1). Anche Vatimesnil a nome della Commissione che ebbe l'incarico di esaminare il Progetto Rouher disse esso pure nel suo Rapporto presentato all'Assemblea il 25 aprile 1850, che il Sistema delle ipoteche del Codice Napoleone, già giudicato dopo l'esperienza di quasi mezzo-secolo, non poteva servir di base al credito fondiario, e che era necessario far ritorno al sistema della pubblicità completa ed assoluta (2). Questi due Progetti Rouher e Vatimesnil, prendendo la pubblicità assoluta per base della sicurezza, non solo erano concordi nell'abolire e proscrivere la mezza pubblicità adottata dal Codice Napoleone riguardo alle ipoteche, volendo che tutti i privilegi costituiti sui beni immobili, e tutte le ipoteche, niuna eccettuata, fossero iscritte; ma richiamando in vigore altresì il principio stabilito dalla Legge 11 brumaio anno 7 intorno alla necessità della trascrizione siccome condizione della traslazione del dominio, ordinavano che tutti gli atti a titolo gratuito od oneroso traslativi o dichiarativi di proprietà immobile, d'enfiteusi, d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, o costitutivi di servitù e di altri diritti reali, dovessero essere trascritti per intero sui registri della conservazione delle ipoteche, e che prima di una tale trascrizione non avessero in faccia ai terzi alcuna legale efficacia ed esistenza. Gli articoli del Progetto Vatimesnil, che imponevano la necessità della trascrizione, erano concepiti nei seguenti termini:

« Art. 2143. Seront réalisés (trascritti) (3) au bureau des hypothèques de la situation des biens:

» 1. Tout acte entre vifs portant aliénation d'immeubles, constitution ou translation de droits immobiliers susceptibles d'hypothèque;

(1) Moniteur, 5 avril 1850, n. 95.

(2) Moniteur, 26 avril 1850, n. 116.

(3) Nella seduta del 20 febbraio 1851 l'Assemblea decise che alle parole *réalisation*, *réaliser*, che nel Progetto Vatimesnil suonavano *trascrizione*, *trascrivere*, si sostituissero in tutti gli articoli gli antichi vocaboli *transcription*, *transcrire*.

» 2. Toute rénonciation aux droits immobiliers ci-dessus énoncés;

» 3. Tout jugement qui aura déclaré l'existence d'une convention verbale de la nature exprimée dans les deux numéros précédents.

» Jusqu'à la réalisation (trascrizione), les droits résultant des actes ou jugements dont il s'agit, ne pourront être opposés aux tiers qui auront acquis du précédent propriétaire des droits réels, et qui se seront conformés au présent titre.

» Tout jugement passé en force de chose jugée qui prononcera l'annullation, la résolution ou la rescission d'une aliénation réalisée (trascritta), sera, dans les deux mois à dater du jour où il aura acquis ce caractère, mentionné en marge de l'extrait déposé, conformément à l'art. 2154, pour la réalisation (trascrizione). L'avoué qui aura obtenu le jugement sera tenu, sous peine de 100 fr. d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un bordereau, rédigé et signé par lui, au conservateur, qui lui en délivrera récépissé. La même règle s'appliquera aux jugements qui admettront une action en revendication contre une personne possédant en vertu d'un titre réalisé.

» Art. 2144. Les droits immobiliers, quoique non susceptibles d'hypothèque, seront rendus publics par la réalisation du titre qui les constitue:

» L'antichrèse;

» La concession d'une servitude ou la renonciation à une servitude acquise;

» L'usage;

» L'habitation.

» Jusqu'à la réalisation, ces droits ne pourront être opposés aux tiers qui auront acquis du propriétaire des droits réels, et qui se seront conformés au présent titre. Néanmoins, en matière de servitude continue et apparente, le défaut de réalisation ne pourra être invoqué par les tiers, qui n'auront fait réaliser ou inscrire leur titre que postérieurement à la création ou à la destruction du signe extérieur de la servitude.

» Le conservateur, lorsqu'il en sera requis, délivrera des états contenant mention sommaire des réalisations prévues par le présent article et par le précédent (1). »

(1) Moniteur, 16 fevrier 1851, n. 47.

Sorse nell'Assemblea legislativa a combattere questo sistema proposto dal Progetto Vatimesnil il deputato Gros; ma egli stesso in sul farsi ad esporre le ragioni della sua opposizione ebbe la franchezza di confessare che esso s'impegnava in una lotta già giudicata, e che avea contro di sè quasi tutto il mondo. E quali erano i motivi che movevano il deputato Gros a contraddire al sistema del Progetto Vatimesnil? Egli volle farsi il difensore della proprietà, e disse che il sistema del Progetto Vatimesnil per favorire l'interesse dei somministratori offendeva violentemente il diritto assai più sacro e più rispettabile dei proprietarj, e che distruggeva i benefizj dei nuovi principj consacrati dal Codice Civile sulla materia della trasmissione della proprietà. Ma fu facile all'eloquente Vatimesnil il rispondere, che i due interessi, quello del credito fondiario e della proprietà, si legano tra loro con vincoli indissolubili. Imperocchè se ciò che chiamasi *credito fondiario*, ossia il credito della proprietà immobile, è necessario perchè il somministratore dia i suoi capitali con sicurezza al debitore che offre la garanzia di un fondo, è necessario altresì perchè il proprietario possa con facilità e a condizioni vantaggiose trovare i capitali di cui abbisogna. Se il proprietario non può fornire al somministratore le necessarie sicurezze, e ciò non per sua colpa, ma per difetto della legislazione, esso o non può trovare chi gli somministri denaro, o è costretto a subire la dura legge, e i patti svantaggiosi impostigli da chi gli presta il denaro. E però i vizj della legislazione che fanno ostacolo e pregiudizio al credito fondiario recano altresì nocumento alla stessa proprietà; perchè la proprietà alla fine è il diritto di disporre della cosa propria vendendola e gravandola di servitù e d'ipoteche. L'Assemblea legislativa nulla curando la opposizione del deputato Gros approvò pienamente nella seconda deliberazione i due citati articoli del Progetto Vatimesnil, dei quali sono evidentissime la saviezza e la pratica utilità. E infatti se ad alcuno viene fatta la proposta di acquistare un immobile, o di fare una somministrazione colla garanzia ipotecaria di un immobile, chi lo assicura che l'attual possessore non abbia fatto antecedentemente un altro contratto di vendita con un'altra persona? Chi lo assicura, quand'anche il possessore ne sia sempre il proprietario, che non sia stato diminuito il valore dello stesso immobile colla segreta costituzione di una servitù non apparente, d'un diritto d'usufrutto, d'uso o di abi-

tazione? Col sistema della trascrizione proposto dal Progetto Vatimesnil nessuno può essere tratto in inganno. Imperocchè esaminando i registri ipotecarj tutti sono in grado di conoscere non solo i pesi ipotecarj che gravitano sulla proprietà immobile, ma altresì se la persona con cui si fanno a contrattare sia realmente il proprietario del fondo offerto in vendita od ipoteca, o se ne abbia diminuito il valore colla concessione di qualche diritto reale p. e. di servitù o d'usufrutto. Hanno i terzi ragione e interesse di conoscere le alienazioni dei beni immobili e le concessioni fatte dal proprietario di diritti reali imposti sui beni stessi con diminuzione del loro valore, non meno che i debiti e i pesi ipotecarj. È dunque provvidissima la legge, che rende pubbliche le une e gli altri, le prime col mezzo della trascrizione, i secondi con quello della iscrizione, l'una e l'altra eseguite sui registri ipotecarj. Ma la Francia, non avendo potuto avere effetto ed esecuzione la riforma ipotecaria del Progetto Vatimesnil, cui stava discutendo l'Assemblea legislativa della spenta Repubblica, è sempre sotto il falso sistema del Codice Napoleone, il quale, al dire del Troplong, attuale Presidente del Senato Imperiale di Napoleone III, *n'assurant pas au tiers une connaissance complète de la situation de celui avec qui ils veulent contracter, est bien souvent un piège, au lieu d'offrir une garantie* (1).

381. Tocchiamo ora del sistema di pubblicità adottato dai moderni Codici Italiani. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, che è quasi sempre la copia fedele del Codice Napoleone, ha adottato esso pure un sistema di mezza pubblicità quanto alle ipoteche, ammettendo nell'articolo 2021 l'esistenza indipendentemente da qualunque inscrizione dell'ipoteca legale accordata alle mogli ed ai minori ed interdetti. Se non che il Codice delle Due Sicilie con mezzi più efficaci di quelli di cui fa uso il Codice Napoleone fa sì che anche l'ipoteca legale delle mogli, dei minori e degl'interdetti sia inscritta, obbligando perfino negli articoli 2027, 2028, e 2029 i notaj chiamati a rogare l'atto autentico in cui viene costituita la dote ad inscrivere l'ipoteca legale della medesima fra giorni venti dal dì della stipulazione del contratto matrimoniale sotto pena della destituzione dall'impiego e della rifazione di ogni danno ed interesse. E quanto alla trascrizione degli atti ond'è trasferita la proprietà degli immobili, s'attiene allo stesso sistema se-

(1) Art. 2106, n. 264 bis.

guíto dal Codice Napoleone, considerando nell'articolo 2075 la trascrizione come una formalità del giudizio di purgazione, non come una condizione necessaria alla traslazione della proprietà. Infatti ripetendo la disposizione dell'articolo 1583 del Codice Napoleone, dichiara esso pure nell'articolo 1428 che la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, appena che si è convenuto della cosa e del prezzo, quantunque non sia seguíta ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. Prescrive anzi nell'articolo 2081, che è sotto il capitolo 8 che tratta *della trascrizione e de' suoi effetti*, che se taluno venda a due persone lo stesso fondo in tempi diversi, il primo compratore, giustificando il suo acquisto con iscrittura autentica o con atto privato che abbia data certa, sarà sempre preferito al secondo, tuttochè questi sia stato più sollecito a trascrivere il suo titolo, salvo soltanto al secondo compratore il diritto di agire contro il venditore come stellionario, e per essere rifatto dal medesimo di ogni danno ed interesse. Quanto però agli atti onde il dominio degli immobili è trasferito a titolo lucrativo, ripete il Codice delle Due Sicilie negli articoli 863, 865, 1025 e 1026 la massima stabilita dagli articoli sopracitati 939, 941, 1069, e 1070 del Codice Napoleone, prescrivendo rispetto ai medesimi la necessità della trascrizione, il cui difetto può essere opposto dai terzi interessati.

382. Assai più perfetto del sistema ipotecario del Codice Napoleone è quello del Codice di Parma, il quale lungi dal seguire il sistema di pubblicità misto, ossia di semipubblicità consacrato dal Codice Napoleone, dichiara negli articoli 2186 e 2214 che qualunque ipoteca, senza eccezione, legale, giudiziale, e convenzionale, deve essere notificata nelle forme e ne' termini prescritti dalla legge, e non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno della eseguita notificazione. Non potrebbe però dirsi avere il Codice di Parma adottato un sistema di assoluta e rigorosa pubblicità, perchè anche secondo questo Codice, come secondo il Codice Napoleone, i privilegi generali indicati nell'articolo 2129, i quali in forza dell'articolo 2148 si estendono anche sopra gli stabili, sono dall'articolo 2150 dispensati dalla formalità della iscrizione. Capisco che la natura e qualità di questi crediti meritevoli d'ogni più largo favore domandavano la dispensa dall'iscrizione, ma è sempre vero che una tale dispensa è con-

traria ad un sistema di pubblicità assoluta. Ed era per ciò molto logico il Progetto Vatimesnil, il quale, anzi che accordare ai detti privilegi generali la dispensa dall' iscrizione, limitava ai soli beni mobili l' azione e l' efficacia del loro privilegio. Ma se quanto alla pubblicità delle ipoteche il sistema del Codice di Parma è più perfetto di quello del Codice Napoleone, la riforma però non fu spinta sin dove era necessario, giacchè non fu prescritta la pubblicità degli atti, onde la proprietà degl' immobili è trasferita, salvo il caso degli atti a titolo lucrativo, i quali giusta l' articolo 1901, conforme all'articolo 939 del Codice Napoleone, devono essere trascritti nell' uffizio delle ipoteche.

Non è diverso da quello di Parma il sistema del Codice di Sardegna, il quale nessuna ipoteca dispensa dall' obbligo della inscrizione; e vi è tra questi due Codici questa sola differenza, che giusta l' articolo 2215 del Codice di Sardegna le ipoteche legali possono prender grado dal giorno di loro origine, purchè sieno iscritte ne' tre mesi successivi alla stessa, laddove secondo la più savia disposizione dell' articolo 2214 del Codice di Parma nessuna ipoteca attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno della notificazione fatta eseguire nella forma dalla legge prescritta. E quanto ai privilegi, il Codice di Sardegna, come fa anche il Codice di Parma, eccettua colla disposizione dell' articolo 2204 dalla formalità dell' iscrizione i privilegi pei crediti di cui nell'articolo 2156, quantunque colpiscano anche gli immobili, non che i privilegi per i tributi, di cui alli numeri 2 e 3 dell' articolo 2195. Ma sul punto della trascrizione degli atti che trasferiscono la proprietà degli immobili, anche il Codice di Sardegna si è attenuto negli articoli 1589, 1134, 1135 e 2303 alle massime fissate dal Codice Napoleone.

Conforme al sistema del Codice di Sardegna è quello del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche*, il quale sebbene stabilisca nell' articolo 106 che l' ordine ed il grado delle ipoteche è determinato dalla data materiale della inscrizione eseguita sui registri del Conservatore, e non dispensi alcuna ipoteca dalla formalità della iscrizione, accorda però nell' articolo 100, per eseguire utilmente le inscrizioni indicate agli articoli 97 e 98 a favore delle mogli e delle altre persone che vengono cautelate colle medesime, il termine di un mese dal giorno in cui prendono vita le rispettive ipoteche legali, e dichiara che purchè ven-

gano accese durante il detto termine operano l'effetto di far sussistere le dette ipoteche, e renderle efficaci dal detto giorno in cui prendono vita. Quanto poi ai privilegi, il Motuproprio Toscano nell'articolo 44 esenta dalle inscrizioni i privilegi indicati all'articolo 9, ossia i privilegi estesi alla generalità degl'immobili e mobili, e quelli indicati al n° 1 e 7 dell'articolo 17, ossia il privilegio accordato all'amministrazione del registro pei diritti di passaggio e di contrattazione dei beni stabili e per le ammende relative, e quello concesso al padrone diretto sopra l'utile dominio dei beni livellari, ed al locatore sui beni dati a lungo tempo. Ma quanto agli atti che trasmettono la proprietà degli immobili, sebbene la Legge Toscana non prescriva la formalità della trascrizione siccome condizione necessaria alla traslazione del dominio, obbliga però l'alienatario alla voltura del suo nuovo acquisto ordinando nell'articolo 117 che mancando il nuovo proprietario alla voltura non può impugnare, salve le rivalse che di ragione, l'effetto dei privilegi o ipoteche che venissero inscritte sul fondo dai creditori dell'alienante, quando anche gli stessi privilegi o ipoteche procedessero da crediti formati dopo l'alienazione.

383. La Legge Ipotecaria Pontificia assoggetta essa pure tutte le ipoteche alla pubblicità della iscrizione, dichiarando nel § 131 senza fare alcuna eccezione che le ipoteche si conservano col mezzo della iscrizione sui registri a ciò destinati nelle forme prescritte dalla legge; quanto però ai privilegi sugli immobili alcuni pochi, come a suo luogo vedremo, dispensa dalla pubblicità. Ma la lodata Legge Pontificia pubblicata il 10 novembre 1834 è la prima Legge Italiana che abbia avuto il merito di richiamare in vigore la massima stabilita dalla Legge 11 brumaio anno 7 sulla necessità della trascrizione degli atti onde è trasferita la proprietà degli immobili. Ordinò pertanto nei §§ 183 e 189 che gli atti di vendita o alienazione dei beni capaci d'ipoteca, comprese pure le donazioni tra vivi, saranno resi pubblici col mezzo della trascrizione, e che l'alienazione non produce effetto, quanto ai terzi, fintantochè l'atto pubblico o privato non è trascritto ne' registri ipotecarj. La qual trascrizione, che giusta il § 184 consiste nella copia intiera degli atti da farsi in un particolare registro dal Conservatore delle ipoteche, nel di cui circondario esistono i beni alienati, è tanto necessaria, che se l'atto di

alienazione non è trascritto, non può l'acquirente giusta il § 190 impugnare le iscrizioni che venissero fatte sui fondi alienati, sia per titoli o diritti anteriori, sia per titoli o diritti posteriori allo stesso atto, salvo solo il di lui regresso contro l'alienante a termini di ragione.

384. Il Codice di Modena ha adottato quanto ai privilegi e alle ipoteche il sistema di quasi completa ed assoluta pubblicità sancito dal Codice di Parma, prescrivendo nell'articolo 2217 che l'ipoteca, sia legale, sia giudiziale o convenzionale, non ha efficacia e non attribuisce prelazione ai creditori se non se dal giorno della inscrizione fatta eseguire nelle forme prescritte dalla legge, ed eccettuando coll'articolo 2147 dalla formalità dell'iscrizione, come fa anche il Codice di Parma, i soli privilegi pei crediti di cui nell'articolo 2123, ossia i privilegi generali, quantunque colpiscano anche gli stabili. Ma le tristi e deplorabili prove e i pessimi frutti che diede nei paesi del Ducato di Modena il Sistema Ipotecario del Codice di Napoleone, conservato in vigore sino al giorno 1 febbraio 1852, dove il credito fondiario era omai spento con danno infinito del commercio, dell'agricoltura, e dei proprietarj, mostrarono ai Compilatori del nuovo Codice Estense la necessità di spingere più oltre la riforma fatta dal Codice di Parma al sistema misto di pubblicità. Seguendo perciò essi il bello esempio dato dal Regolamento Ipotecario Pontificio pubblicato, come si disse, il 10 novembre 1834, e richiamando in vita i principj della Legge 11 brumaio anno 7, estesero il sistema della pubblicità agli atti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili, emanando cogli articoli 2103, 2110, 2111 le seguenti provvidissime disposizioni: « *Tutti gli atti tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, traslativi o dichiarativi della proprietà immobiliare, di enfiteusi, d'usufrutto, e d'anticresi, o costitutivi di servitù, debbono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione. — Sino a che gli atti traslativi o dichiarativi di proprietà o dei diritti reali di che nell'articolo* 2103, *non sono trascritti, non sortono verun effetto riguardo ai terzi. — Perciò non può l'acquirente impugnare le inscrizioni che venissero fatte sui beni medesimi, sia per titoli o diritti anteriori, sia per titoli o diritti posteriori agli atti medesimi; salvo solo il di lui regresso contro l'altro contraente a termini di ragione.* » Non bastava per la garanzia dei terzi

sottoporre alla formalità della trascrizione gli atti di vendita o alienazione dei beni capaci d'ipoteca e le donazioni tra vivi, come fece colla disposizione del § 183 il Regolamento Pontificio. Imperocchè se il proprietario di un immobile concede segretamente ad un altro uno di quei diritti reali, che senza essere una alienazione vera di proprietà ne diminuiscono però più o meno il valore, e portano una restrizione dei diritti che derivano dal dominio pieno e libero, i terzi sono ingannati e traditi, e possono rimanere grandemente pregiudicati. Perciò i Compilatori del Codice di Modena migliorando la disposizione del citato § 183 del Regolamento Pontificio, e animati dallo stesso spirito onde erano dettati i sopracitati articoli 2143 e 2144 del Progetto Vatimesnil (1), estesero la necessità della trascrizione agli atti traslativi di enfiteusi, d'usufrutto e d'anticresi, o costitutivi di servitù. È però da avvertirsi che il Codice di Modena dispensa nell'articolo 2104 dall'obbligo della trascrizione gli atti che importano divisione: « *Gli atti di divisione, o di assegnazione fatta ad un coerede in conseguenza di licitazione, non sono soggetti a trascrizione.* » Quando questa disposizione fosse stata stabilita come una eccezione alla regola generale dell'articolo 2103, non sarebbero da lodarne certamente i Compilatori; perchè quando si tratta di solennità e forme prescritte per uno scopo di utilità generale, le eccezioni sono sempre condannabili e contrarie al fine della legge. Ma la disposizione dell'articolo 2104 non è una eccezione alla regola generale dell'articolo 2103; è meglio una dichiarazione fatta manifestamente col savissimo intendimento di prevenire un dubbio a cui potevano dar luogo le generali espressioni dell'articolo 2103. Con questa dichiarazione i Compilatori del Codice di Modena resero omaggio al principio stabilito coll'articolo 1111, secondo il quale ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota, o a lui pervenuti per licitazione, e non aver mai avuta la proprietà degli altri beni ereditarj. Anche l'articolo 2146 del Progetto Vatimesnil, approvato dall'Assemblea (2) nella seduta del 20 febbraio 1851, dispensava dalla trascrizione gli atti di divisione: « Les actes de partage ne sont pas assujettis à la transcription. Il en

(1) N. 380, pag. 125.
(2) Moniteur, 21 février 1851, n. 21.

est de même des adjudications sur licitation, lorsqu'elles ont été faites à l'un des cohéritiers copartageants. »

385. Ora che abbiamo dato un cenno del sistema di pubblicità adottato dal Codice Napoleone e dagli altri Codici Italiani, passeremo senz' altro a parlare dei modi, coi quali si conservano i privilegi sopra gli immobili, e ci faremo subito ad esaminare la disposizione dell' articolo 2106 del Codice Napoleone.

Il Codice Napoleone, come si è accennato, ha adottato nel suo Sistema Ipotecario la pubblicità, riconosciuta non che utile, necessaria a tutelare l' interesse dei mutuanti e dei compratori. Solo è da lamentare che siasi attenuto ad un sistema misto ossia di semipubblicità, e che le diverse eccezioni ammesse, e le accordate dispense abbiano in gran parte reso vano lo scopo che il legislatore si era proposto. Il principio della pubblicità è solennemente proclamato, riguardo ai privilegi, colla disposizione dell' articolo 2106, e riguardo alle ipoteche, con quella dell' articolo 2134. Non essendo i privilegi costituiti sugli immobili altra cosa che ipoteche privilegiate radicate per volontà di legge sui beni capaci d' ipoteca, il legislatore che volle sostituire al sistema delle ipoteche avvolte nell' oscurità e nelle tenebre quello della pubblicità e della luce, dovea necessariamente assoggettare alla pubblicità i privilegi costituiti sopra gl' immobili. E così fecero i Compilatori del Codice Napoleone dichiarando nell' articolo 2106 che i privilegi sopra gl' immobili *non hanno effetto fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione sui registri del Conservatore delle ipoteche nel modo determinato dalla legge. Il privilegio è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito a qualunque altro creditore anche ipotecario. È dunque la legge che crea il privilegio, il quale non solo non ha bisogno della volontà delle parti, ma da questa non può in nessuna maniera trarre il suo essere e la sua vita. L' inscrizione che deve farsi dal creditore non è che una formalità estrinseca, necessaria, non a dar l' essere al privilegio, ma a dargli l' effetto in faccia ai suoi competitori ossia in faccia agli altri creditori, vale a dire a dargli l' efficacia dell' azione e del movimento. Se io vendo la mia casa per lire 3000 da pagarsi entro un anno, ho certamente un privilegio sulla casa venduta per garanzia del prezzo che mi è dovuto. Ma di questo privilegio, che mi accorda diret-

tamente la legge senza bisogno di alcuna convenzione, io non potrò in alcuna maniera valermi e far uso, se nei modi determinati dalla legge non avrò data al medesimo la prescritta pubblicità. Senza la veste dell'iscrizione il mio privilegio è condannato al silenzio ed alla inazione. Anche le ipoteche sono dal citato articolo 2134 assoggettate alla formalità della iscrizione; ma nei privilegi l'iscrizione dà loro semplicemente l'azione e il movimento, non il grado; nelle ipoteche l'iscrizione determina il loro rango e grado. È importantissima la differenza che passa tra i privilegi e le ipoteche intorno al risultato della iscrizione necessaria rigorosamente nell'un caso e nell'altro, e questa differenza è in modo non dubbio determinata dalle stesse parole dei due citati articoli 2106 e 2134. Infatti l'articolo 2106 dice semplicemente che i privilegi sopra gl'immobili *non hanno effetto* fra i creditori se non sono stati resi pubblici colla iscrizione. L'articolo 2134 invece dichiara che l'ipoteca tanto legale, che giudiziaria, o convenzionale, *non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell'iscrizione*. Il Codice Napoleone ha ben sottoposto al sistema della pubblicità ossia alla formalità della iscrizione tanto le ipoteche, quanto i privilegi; ma non poteva e non dovea, assoggettando i privilegi allo stesso sistema a cui furono sottoposte le ipoteche, cambiare e distruggere dei privilegi stessi l'essenza e la natura. Per Gius Romano l'ipoteca non altro diritto dava al creditore che di essere preferito alla massa dei creditori chirografarj, e nel concorso di più creditori aventi ipoteca sulla stessa cosa, la prelazione era fra loro regolata colla misura del tempo, conformemente al noto principio *qui prior est in tempore, est potior in jure*. Avendo il Codice Napoleone sottoposte le ipoteche alla iscrizione, alla data del titolo, che pel Gius antico era il punto dal quale misuravasi il grado di prelazione, doveasi sostituire la data della iscrizione, e perciò dice l'articolo 2134 che la ipoteca non attribuisce prelazione se non dal giorno della iscrizione. Il privilegio al contrario ripete essenzialmente la causa della prelazione che gli è dovuta non dal tempo, ma dalla qualità stessa del credito. Non poteva dunque il legislatore, per avere sottoposti alla iscrizione i privilegi, sostituire la data della iscrizione, siccome misura del grado di prelazione, allo stesso titolo del privilegio. Imperocchè se la data della iscrizione dovesse anche nei privilegi, come nelle ipoteche, servire a determinarne il grado, i

privilegi si convertirebbero in altrettante ipoteche legali, ossia in quelle ipoteche che derivano dalla legge senza bisogno di convenzione, o per meglio dire i privilegi non sarebbero più privilegi, perchè il privilegio dà diritto per sua natura al creditore di essere preferito a qualunque creditore senza alcun riguardo al tempo, giusta il principio di Gius Romano — *privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa*, confermato dagli articoli 2095, e 2096 del Codice Napoleone. La natura dunque ed essenza del privilegio e le stesse parole dell'articolo 2106 messe a confronto con quelle dell'articolo 2134 fanno prova non dubbia che sebbene sia nei privilegi necessaria la iscrizione, dalla data della medesima non dipende e non si misura il grado della prelazione che agli stessi è dovuta. Arrogi la disposizione dell'articolo 2113, il quale dispone che tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'iscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia d'essere ipotecarj, la cui ipoteca però, relativamente ai terzi, si misura soltanto dall'epoca delle iscrizioni. Il coerede p. e. giusta l'articolo 2109 conserva il suo privilegio mediante l'iscrizione fatta a sua istanza entro 60 giorni computabili dall'atto della divisione. Se pertanto un coerede lascia passare i 60 giorni senza darsi pensiero d'iscrivere il suo privilegio, in forza del citato articolo 2113 cessa di essere creditore privilegiato e diviene creditore semplicemente ipotecario, e come tale ha diritto d'iscrivere la sua ipoteca, la quale veste il carattere d'ipoteca legale, il cui grado in concorso dei terzi si misura dalla data della iscrizione. Se in forza dell'articolo 2113 il grado dei crediti privilegiati si misura dalla data dell'iscrizione solo quando i crediti stessi hanno perduta la qualità di crediti privilegiati e sonosi convertiti in crediti puramente ipotecarj in pena dell'inosservanza delle condizioni necessarie alla conservazione del privilegio, è chiaro cha la iscrizione fatta nel modo e tempo dalla legge determinato, conservando il privilegio nella sua integrità e natura, per nulla può influire a misurare il grado di prelazione competente al creditore privilegiato. Nei privilegi la iscrizione è una pura formalità esterna che nulla aggiunge e nulla toglie alla loro natura, necessaria all'unico scopo che i medesimi possano acquistare quella vita d'azione e di movimento, senza la quale non potrebbero entrare in lizza cogli altri creditori. Una volta che il privilegio mediante

la veste della iscrizione ha acquistato il diritto di far mostra di sè, di far valere sue ragioni, di correre l'arringo del giudizio di concorso, ha allora tutto il diritto che gli si accordi quel grado che in grazia della qualità del credito gli compete. La legge ha introdotto la iscrizione dei privilegi come una formalità di conservazione, e li avrebbe non conservati, ma distrutti, come si è detto, se la data della iscrizione dovesse essere la misura del loro grado. Il privilegio, ripetiamolo, trae la sua esistenza per ministero di legge dalla qualità del credito; ma la sua esistenza è condannata alla inazione se non gli dà l'impulso del movimento la formalità della iscrizione, la quale dà effetto e non grado al privilegio.

386. Alcuni Interpreti però si sono lasciati trarre in inganno dalle parole dell'articolo 2106, *e dalla data di tale iscrizione*, e hanno creduto poter dedurre da queste, che il rango dei privilegi si misura dal giorno della iscrizione. Anche il Persil è stato una volta tra questi, come confessa egli medesimo (1); ma il profondo Interprete non poteva tardare a ricredersi di questo errore, che avrebbe messo il legislatore in contraddizione coi principj da esso stabiliti, e spenti e annichilati i privilegi. Riporterò le stesse parole del Persil, le quali mostrano che anche i grandi Scrittori qualche volta s' ingannano, e non si vergognano di confessare i loro errori: « Mais l'inscription que l'on exige pour la conservation des privilèges et leur publicité, sert-elle aussi à déterminer leur rang? On le croirait, à la première lecture de l'art. 2106; c'est même le sens que nous avions donné à cet article dans notre première édition.... Cependant, en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'il existe une différence énorme entre l'effet du privilège et le rang que la loi lui accorde. »

Il Duranton (2), per quel che a me pare, non è felice nella interpretazione da esso data alle parole dell'articolo 2106, *e dalla data di tale iscrizione*. Egli pensa che queste parole si riferiscano esclusivamente al privilegio dell'architetto, al quale il Duranton dà grado dal giorno della iscrizione del primo precesso verbale: « Ce n'est point par la date des inscriptions que se détermine le rang des privilèges, si l'on en excepte celui de l'architecte, dont le rang, par rapport aux créanciers qui se sont inscrits depuis la

(1) Art. 2106, n. 2.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 204.

confection des travaux, est en effet déterminé par la date de l'inscription du premier procès verbal.... En sorte que ces mots, *et à compter de la date de cette inscription,* n'ont de sens qu'à l'égard du privilège de l'architecte. » Questa spiegazione mi pare un errore, e quando fosse vera e giusta, grande rimprovero meriterebbero i Compilatori del Codice Napoleone per avere in un articolo, che contiene una disposizione generale estendibile a tutti i privilegi costituiti sopra gli immobili, innestate espressioni riferibili ad uno solo dei privilegi. Altra cosa è l'effetto, altra cosa è il grado del privilegio. Il grado determina la prelazione che al privilegio compete in mezzo alla schiera dei concorrenti creditori. L'effetto altro non è che la vita esterna acquistata dal privilegio, l'azione, il movimento, il diritto in somma di comparire in un giudizio di concorso di creditori a dimandare quel posto e grado di prelazione che per diritto gli compete in grazia della qualità del suo credito, ossia in grazia del suo essere di privilegio. Dice ottimamente il Persil nel passo sopracitato che la differenza tra l'effetto del privilegio e il rango è enorme. Stabilita e ben determinata la differenza che passa tra l'effetto e il rango del privilegio, cessano a mio avviso tutte le difficoltà che alcuni hanno voluto trovare nelle parole dell'articolo 2106, *e dalla data di tale iscrizione.* Con queste parole la legge coerente all'introdotto sistema della pubblicità intende significare che i privilegi cominceranno ad avere effetto in faccia ai terzi il giorno in cui saranno stati resi pubblici colla iscrizione. Finchè un privilegio non è iscritto, è come non esistente in faccia ai terzi; è solamente dal giorno della iscrizione che il privilegio in faccia ai terzi comincia a vivere, ad avere efficace esistenza, ad aver valore. La data della iscrizione del privilegio segna l'ora di sua vita in faccia ai terzi. E di qual vita? Della vita di privilegio, che porta con sè la prerogativa inerente alla sua natura di essere preferito a qualunque creditore anche ipotecario di qualsiasi data. Prima della iscrizione il privilegio è un diritto in potenza, è un diritto che non può far paura e non può nuocere ad alcuno, è un diritto a cui la legge nega le armi per combattere e per respingere le pretese degli altri creditori chirografarj ed ipotecarj. Il giorno che il privilegio fu iscritto, dalla potenza passa allo stato della attualità, acquista efficacia, la vita esterna, le armi per combattere in concorso degli altri creditori. Ecco il perchè dice l'articolo 2106 che i privilegi hanno

effetto fra i creditori dalla data della iscrizione. Sì certamente dalla data della iscrizione hanno effetto fra i creditori, ma hanno effetto come privilegi, ossia hanno effetto colla prerogativa, inerente alla natura loro di privilegi, di essere preferiti senz' alcun riguardo al tempo a qualunque creditore anche ipotecario. Riporterò a piena confutazione del Duranton le seguenti parole del Persil, la cui autorità in questo dubbio è tanto più di peso, che egli, come si disse, ritrattò pubblicamente la opinione o per meglio dire l'errore da prima professato: « Il ne faut pas confondre l'effet du privilège avec son rang: l'un est déterminé par la date de l'inscription; l'autre se fixe toujours par le degré de faveur de la créance à laquelle il est attaché (1). » Non avendo il Duranton distinto l' effetto dal grado, e non potendo ammettere che la data della iscrizione fissi il grado dei privilegi, è ricorso al tristo ripiego di specializzare le espressioni dell'articolo 2106, *e dalla data di tale iscrizione*, riferendole al solo privilegio dell' architetto: « ils (cioè le dette espressioni) ont un sens et un effet quant à ce privilège (cioè al privilegio dell'architetto); mais il faut les expliquer, et reconnaître qu'ils ont été employés dans l'article d'une manière trop générale. »

Conforme all'opinione del Persil che abbiamo con piena convinzione abbracciata è pur quella del Troplong, il quale la conforta coll' autorità di una Decisione della Corte di Cassazione del 26 gennaio 1813 (2), di cui giova riportare le seguenti parole: « Considérant.... qu'il résulte seulement de cet article, (cioè l'articolo 2106), que le privilège ne produit pas d'effet tant qu'il n'est pas inscrit, mais qu'une fois inscrit, il prime toutes les créances hypothécaires qui lui sont postérieures, quoique l'inscription en soit antérieure. » Molte sono le differenze tra i privilegi e le ipoteche, e tra le altre anche questa, che sebbene i privilegi e le ipoteche debbano essere iscritti, la iscrizione dà semplicemente effetto ai privilegi, laddove alle ipoteche dà ed effetto e grado, come risulta chiaramente dalle combinate disposizioni degli articoli 2106 e 2134. Ma le parole dell'allegata Decisione della Corte di Cassazione ci obbligano a fare una avvertenza. Stabilisce questa Decisione che il privilegio una volta iscritto vince tutti i crediti ipotecarj a lui posteriori di tempo,

(1) Art. 2106, n. 2.
(2) Art. 2106, n. 266 bis.

quantunque la loro iscrizione sia anteriore a quella del privilegio. Dalle parole di questa Decisione parrebbe doversi dedurre che i privilegi, sebbene non abbiano rango dalla data della iscrizione, lo hanno invece dalla data dell'atto da cui risulta il credito, e che sono perciò preferiti ai soli crediti ipotecarj, che hanno avuto vita e origine posteriormente alla data dell'atto del credito privilegiato. Io credo che questa conclusione, sebbene discenda direttamente dalle parole non equivoche e generali della lodata Decisione della Corte di Cassazione, non sia vera. Il privilegio attaccato ad un credito nasce certamente il giorno in cui ha origine il credito; ma da ciò non segue che abbia rango dalla data dell'atto dal quale risulta il credito. Imperocchè siccome il privilegio per sua natura è preferibile senza alcun riguardo al tempo a qualunque creditore ipotecario, così può verificarsi che i crediti ipotecarj vinti dal privilegio siano non solo d'iscrizione, ma anche di origine anteriori alla data dell'atto, dal quale deriva il credito privilegiato. Tizio p. e. vende nel 1853 a Pietro un fondo per un prezzo qualunque da pagarsi. Dal giorno del contratto pertanto Tizio diviene creditore privilegiato di Pietro pel prezzo della vendita. Suppongasi ora che lo stesso Pietro sin dal 1850 si fosse unito in matrimonio con Caja fornita di ricca dote. È fuori di dubbio che il credito dotale di Caja è anteriore di tempo alla data del credito privilegiato di Tizio; ma se si aprirà un giudizio di espropriazione in odio di Pietro del fondo vendutogli da Tizio, Tizio qual creditore privilegiato pel prezzo dovutogli sarà preferito al credito dotale della moglie, sebbene il credito della dote che risale all'anno 1850 sia di tempo anteriore al credito di Tizio, il cui contratto ebbe luogo nel 1853. Basta a parer mio quest'esempio per mostrare come non possa asserirsi che i privilegi abbiano grado dalla data dell'atto dal quale nasce il credito. Non è dunque vero ciò che dice parlando del privilegio del venditore la lodata Decisione, *il prime toutes les créances hypothécaires, qui lui sont postérieures, quoique l'inscription en soit antérieure.* I privilegi vincono anche i crediti ipotecarj di data anteriore alla data del credito privilegiato. Imperocchè i privilegi senza riguardo al tempo vincono per loro natura tutti i creditori chirografarj ed ipotecarj (1). Il credito delle spese funeratizie p. e. nasce dopo la morte del debitore, e pure

(1) Troplong, art. 2106, n. 266. bis.

in grazia del privilegio attribuitogli dalla legge è preferito a tutti i creditori anche privilegiati che contrattarono collo stesso debitore.

387. I privilegi sopra gli immobili, come fu detto, non hanno effetto tra i creditori, e si considerano perciò come non esistenti, se non furono resi pubblici colla iscrizione. Ora il Troplong (1) domanda, se i creditori chirografarj hanno il diritto di opporre ai creditori privilegiati la mancanza dell'iscrizione, e risolvé il dubbio colla seguente distinzione. O il creditore privilegiato, che non ha iscritto il suo privilegio, è ancora in tempo ad accendere una iscrizione per godere almeno il vantaggio di un grado ipotecario conformemente alla disposizione dell'articolo 2113, e allora i creditori chirografarj non hanno interesse, e quindi non hanno il diritto di opporre il difetto della iscrizione, perchè i creditori privilegiati nel supposto caso, nonostante la perdita del privilegio, potendo accendere una iscrizione che li colloca nella fila dei creditori ipotecarj, hanno sempre il diritto di essere preferiti ai creditori chirografarj. O al contrario i creditori privilegiati che non hanno iscritto il privilegio non sono più in tempo di giovarsi del beneficio loro accordato dall'articolo 2113, e non possono più prender posto tra i creditori ipotecarj, e in questo caso i creditori chirografarj hanno tutto l'interesse, e perciò il diritto di opporre ai privilegiati il difetto della iscrizione. Si fa p. e. la divisione tra i due coeredi Pietro e Giacomo, e per conguaglio di quote Pietro resta dovendo a Giacomo mille. Giacomo non cura d'iscrivere il suo privilegio entro i 60 giorni assegnatigli dalla legge. Ma siccome anche dopo questo termine Giacomo giovandosi della disposizione dell'articolo 2113 può prendere iscrizione ed aver posto tra i creditori ipotecarj; così i creditori chirografarj di Pietro non potranno secondo il Troplong opporre a Giacomo la mancanza della iscrizione. Che se dopo il termine dei 60 giorni Pietro fallisca e si apra in odio di lui il giudizio di generale concorso dei creditori, allora Giacomo, che perdè il suo privilegio, non può più giovarsi della disposizione dell'articolo 2113, e non può più prender posto tra i creditori ipotecarj, perchè l'articolo 2146 non dà alcun effetto e valore alle iscrizioni accese contro un debitore fallito, e in questo caso i creditori chirografarj di Pietro potranno secondo il Troplong opporre con tutto il diritto a Giacomo il di-

(1) Art. 2106, n. 268.

fetto della iscrizione del suo privilegio, non potendo più un tale difetto essere in alcuna maniera riparato con una serotina iscrizione ipotecaria in grazia del fallimento del comun debitore Pietro.

Io credo che non si debba ammettere la distinzione del Troplong, e tengo che in qualunque caso i creditori chirografarj abbiano diritto di opporre al creditore privilegiato il difetto della iscrizione, sia che questi possa, sia che non possa giovarsi della disposizione dell'articolo 2113. La distinzione fatta dal Troplong non è conciliabile colla chiara ed assoluta disposizione dell'articolo 2106, il quale in termini generali dispone che i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione. La legge non distingue tra creditori ipotecarj, privilegiati o chirografarj, e quindi possiamo e dobbiamo tenere che qualunque creditore, anche chirografario, ha tutto il diritto di opporre al creditore privilegiato il difetto della iscrizione in qualunque tempo e caso. Il privilegio senza iscrizione non ha efficacia e valore in faccia alla massa degli altri creditori, ed è costretto a rimanere nell'inazione e nel silenzio, finchè la iscrizione non gl'infonda la virtù dell'azione e del movimento. Il privilegio senza iscrizione somiglia, come dice con molta verità lo stesso Troplong, ad un essere dotato di vita, che non ha ancora la forza necessaria per muoversi (1). Se il creditore privilegiato si presenta in un giudizio senza la divisa della iscrizione, i creditori chirografarj hanno diritto di dirgli: *noi non vi riconosciamo; il vostro privilegio*, *qualunque ne sia il titolo, senza iscrizione in faccia a noi non esiste*. Sia pure che il creditore privilegiato possa mettersi nella fila dei creditori ipotecarj giovandosi della disposizione dell'articolo 2113. Finchè questo privilegio convertito in ipoteca non è iscritto, i creditori chirografarj hanno diritto di opporre al creditore privilegiato il difetto della iscrizione. Imperocchè se i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto tra i creditori senza iscrizione, molto meno senza iscrizione hanno effetto le ipoteche. L'ipoteca infatti, come dichiara l'articolo 2094, non è altro che una causa legittima di prelazione, ed è solo dal giorno della iscrizione che giusta l'articolo 2134 attribuisce al creditore il diritto di prelazione. Se i creditori chirografarj, come tutti ammettono, hanno diritto di opporre al creditore ipotecario il difetto della iscrizio-

(1) Art. 2106, n. 268.

ne, non so come possa negarsi ai creditori chirografarj il diritto di opporre il difetto della iscrizione ad un creditore privilegiato solo perchè questi può, non ostante la perdita del privilegio, giovarsi della disposizione dell'articolo 2113, quasi che un privilegio convertito in ipoteca o fosse esente dalla iscrizione o potesse godere maggiori diritti di quelli che sono accordati dalla legge a tutti i creditori ipotecarj. Non basta che il creditore privilegiato, che non ha iscritto in tempo il suo privilegio, possa, ricorrendo siccome a tavola di naufragio alla disposizione dell'articolo 2113, prendere ancora una iscrizione come creditore ipotecario. Questo diritto in potenza non può in alcuna maniera essere opposto ai creditori chirografarj. Bisogna che il creditore privilegiato dalla potenza sia passato all'atto, ossia è mestieri che il diritto d'ipoteca, nella quale si è trasformato il privilegio, sia anch'esso vestito della sua forma o veste, senza la quale non ha effetto e non dà diritto di prelazione in faccia ai creditori chirografarj. I creditori privilegiati, che non hanno presa iscrizione, o intendono di far valere il loro privilegio, e i creditori chirografarj hanno diritto di rispondere che i privilegi sopra gli immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione; o intendono di far valere il loro diritto non già come privilegio, ma come ipoteca, invocando la disposizione dell'articolo 2113, e i creditori chirografarj possono rispondere che secondo la disposizione dell'articolo 2113 la ipoteca nella quale si trasformò il privilegio, relativamente ai terzi, si misura soltanto dall'epoca della iscrizione. Io credo dunque, rigettata la distinzione del Troplong, che i creditori chirografarj abbiano sempre in ogni caso il diritto di opporre ai creditori privilegiati il difetto d'iscrizione, anche quando i creditori privilegiati, che lasciarono andar perento il gius di privilegio, sono ancora in tempo di prendere una iscrizione ipotecaria invocando il favore dell'articolo 2113.

388. Altra volta ho avuto occasione di notare che gl'interessi sono un accessorio del capitale, e che il creditore ha diritto di esercitare il suo privilegio o la sua ipoteca tanto pel pagamento del capitale quanto degli interessi (1). Perciò la L. 19, C. *De usur.*, la quale suggerisce al debitore il rimedio del deposito, onde il de-

(1) Vol. 1, pag. 236, 237, n. 224.

bito si abbia per soddisfatto e rimanga sciolto il vincolo del pegno, prescrive che sia depositato l'intero capitale in un coi legittimi interessi: « Acceptam mutuo sortem *cum usuris licitis* creditoribus post contestationem offeras: et si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur... Quo subsecuto, etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tolletur. » Per la stessa ragione la L. 12, § 6, D. *Qui pot. in pign. vel hyp.*, che accorda al secondo creditore il diritto di offrire al primo il pagamento di ciò che gli è dovuto, stabilisce che il secondo creditore ha diritto di valersi del pegno sì pel primo come pel secondo credito e pei rispettivi interessi: « Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. » Non può dunque negarsi ai creditori privilegiati sopra gl'immobili il diritto di valersi del loro privilegio sì pel capitale come pel pagamento dei legittimi interessi, e su questo punto tutti sono d'accordo i Dottori. Ma siccome i privilegi sopra gli immobili sono dall'articolo 2106 sottoposti al sistema della pubblicità, ossia della iscrizione, al pari delle ipoteche, quindi è nato il dubbio, se sia anche ai crediti privilegiati sopra gli immobili applicabile la disposizione dell'articolo 2151, il quale prescrive che il creditore inscritto per un capitale che produce interessi o annualità, ha diritto di essere, rapporto ad essi, classificato per due anni soltanto, e per l'anno corrente nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capitale, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari da farsi, portanti ipoteca per gli arretrati dal giorno della loro data, esclusi quelli conservati in vigore dalla prima iscrizione. È questa una importantissima questione, intorno alla quale non si trovano d'accordo le opinioni dei Francesi Giureconsulti.

Il Duranton esamina questo punto relativamente agli interessi dovuti al venditore sul prezzo dell'immobile venduto, e appoggiandosi a due Decisioni della Corte di Cassazione, l'una del 5 marzo 1816 che cassò un decreto della Corte di Rennes, l'altra del 1 maggio 1817 che cassò il decreto profferito sullo stesso affare dalla Corte d'Angers, sostiene che il venditore ha diritto di essere collocato nello stesso grado del capitale per tutti gl'interessi che gli possono essere dovuti senza bisogno di prendere le particolari iscrizioni di cui parla l'articolo 2151, e non dubita

anzi di asserire che questa massima non può più essere soggetto di dubbio (1).

Anche il Troplong (2) si fa a considerare la stessa questione in ordine agl'interessi del prezzo dovuti al venditore, e virilmente sostiene ehe i medesimi, qualunque sia la loro somma, devono essere classificati nello stesso grado del capitale. L'articolo 2151 è una limitazione della regola generale, secondo la quale gl'interessi di un credito hanno diritto allo stesso grado del capitale, e dalle stesse parole dell'articolo 2151, *nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capitale,* deduce il Troplong che una tale limitazione è applicabile soltanto ai crediti ipotecarj soggetti alla iscrizione. E per rispondere il Troplong alla obiezione, che essendo il privilegio del venditore sottoposto al sistema della pubblicità, i terzi hanno diritto di conoscere l'ammontare degl'interessi dovuti sul prezzo, dice che questa pubblicità, di cui si mena tanto romore, riguardo al privilegio del venditore, il quale anche iscritto o trascritto tardi vince tutti i crediti ipotecarj anteriormente iscritti, è una illusione, e che la pubblicità del privilegio del venditore è voluta non per illuminare i creditori ipotecarj del compratore, ma solamente per assicurare il riposo del terzo possessore che vuol purgare il fondo dai pesi che lo gravano: « Ce n'est là qu'une illusion. En effet, la publicité du privilège n'a pas été introduite en faveur des créanciers hypothécaires de l'acquéreur... c'est pour purger la propriété et assurer le repos des tiers acquéreurs, mais nullement pour éclairer les créanciers hypothécaires de celui qui a acheté. » Dice inoltre il Troplong che siccome l'articolo 1654 accorda perfino al venditore, a cui il compratore non paga il prezzo, il diritto di domandare che la vendita venga disciolta, sarebbe la legge in contraddizione con sè stessa, se al venditore non fosse accordato per gl'interessi tutti a lui dovuti lo stesso grado del capitale. Finalmente anche il Troplong si appoggia alle Decisioni della Corte di Cassazione, citate dal Duranton, che cassarono i decreti delle Corti di Rennes e d'Angers, e dice che la massima stabilita dalla Corte di Cassazione gli pare la sola conforme al testo e allo spirito della legge.

Il Persil, malgrado il rispetto che professa alle Decisioni della Corte di Cassazione, tiene una opinione contraria, e dice che l'ar-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 160, e 161.
(2) Art. 2103, n. 219.

ticolo 2151, come quello che è sotto il capitolo che tratta *del modo dell'iscrizione dei privilegi e delle ipoteche*, è comune alle ipoteche ed ai privilegi (1).

Sebbene il Duranton ed il Troplong, ed anche lo stesso Persil, dicano che la massima stabilita dalla Corte di Cassazione è stata irrevocabilmentè adottata dalla giurisprudenza, io seguo l'opinione del Persil, e ne dirò francamente le ragioni. I privilegi sugli immobili furono sottoposti dal Codice Napoleone, al pari delle ipoteche, al sistema della pubblicità. Questa verità non mi può essere dal Troplong contraddetta. Dice però il Troplong, parlando del privilegio del venditore, che la pubblicità di un tale privilegio non è stata introdotta in favore dei creditori ipotecarj dell'acquirente, rispetto ai quali la data dell'iscrizione del privilegio non ne fissa l'ordine e il grado, ma semplicemente per assicurare il riposo dei terzi acquirenti (2). Io non mi voglio impegnare nella confutazione di questa asserzione del Troplong. Mi limiterò solo a rispondere che l'articolo 2106 in termini molto chiari ed assoluti dispone, che i privilegi sopra gli immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione. È verissimo che la data dell'iscrizione non serve a determinare il rango del privilegio; ma è vero altresì che solamente dal giorno della iscrizione cominciano i privilegi ad aver vita ed effetto fra i creditori, con cui contrastano di prelazione. Il Troplong commentando l'articolo 2106 (3) afferma che « lorsque plusieurs individus se présentent comme créanciers de la même personne, il est de leur intérêt d'examiner si le privilège que l'un d'eux leur oppose a été inscrit ou non inscrit, et qu'ils sont en droit d'empêcher qu'on ne se prévale de privilèges non inscrits. » Come può dunque il Troplong a fronte della disposizionee dell'articolo 2106 asserire, parlando del privilegio del venditore, che il legislatore « est resté indifférent sur les droits des créanciers de l'acquéreur, et les plàce à l'égard du vendeur dans un système d'où la publicité est, pour ainsi dire, exclue (4)? » Io converrò bene col Troplong essere imperfetto e difettoso il sistema di pubblicità adottato dal Codice Napoleone, ed essere una anomalia as-

(1) Art. 2151, n. 9 e 10.
(2) Art. 2103, n. 219.
(3) N. 267.
(4) Art. 2103, n. 219.

soggettare il privilegio del venditore senza assegnazione di termine alla iscrizione in faccia agli altri creditori, e dare al medesimo privilegio, senza alcun riguardo alla data dell'iscrizione, un grado di prelazione ai creditori ipotecarj anteriormente iscritti. Ma lo stesso Troplong m'insegna che queste critiche « ne peuvent être dirigées que contre le législateur (1); » e che « ces bizarreries accusent la prévoyance du législateur, qui, tout en voulant la publicité pour mettre à nu la situation du débiteur, a manqué son but dans une foule de cas importans, n'a su prendre que des mesures partielles, et a autorisé la clandestinité, au milieu même des dispositions destinées à porter le jour sur les affaires de l'obligé (2). Non è lo stesso Troplong, il quale vista l'impossibilità di poter difendere il sistema imperfetto di pubblicità abbracciato dal Codice Napoleone esclama: « N'espérons pas expliquer la loi par ces principes féconds, qui tranchent toutes les difficultés, et répondent à tous les doutes (3)? » Qualunque siano adunque le imperfezioni del sistema di pubblicità del Codice Napoleone, è però certo e indubitato che la iscrizione è una formalità indispensabile, a cui sono soggetti nello stesso modo i privilegi e le ipoteche non solo in faccia dei terzi possessori, ma in faccia altresì dei creditori. Dalla formalità della iscrizione sono eccettuati i soli privilegi dell'articolo 2101, e rispetto al venditore la trascrizione tiene luogo d'iscrizione, perchè il Conservatore, nei cui registri fu trascritto il contratto di alienazione, è tenuto di fare *ex officio* l'iscrizione del privilegio. Essendo pertanto i privilegi sugli immobili sottoposti alla formalità della iscrizione, ragion vuole che anche questi, al pari delle ipoteche, debbano subire le conseguenze del sistema di pubblicità. Perciò le disposizioni riguardanti la iscrizione sono comuni ai privilegi e alle ipoteche. Di ciò fa prova la stessa rubrica del capitolo quarto *Del modo dell' Iscrizione dei Privilegi e delle Ipoteche,* sotto il quale trovasi l'articolo 2151, e ne fa prova altresì l'articolo 2148, che è sotto lo stesso capitolo, il quale dispone che per fare l'iscrizione il creditore presenta, o fa presentare al Conservatore l'originale in minuta o una copia autentica della sentenza o dell'atto da cui nasce *il privilegio o l'ipoteca.* Ora

(1) Art. 2103, n. 219.
(2) Art. 2106, n. 267.
(3) Art. 2106, n. 267.

le due note, che il creditore unisce all' atto, da cui nasce *il privilegio o l' ipoteca,* devono, giusta il detto articolo 2148, la cui disposizione è evidentemente comune ai privilegi e alle ipoteche, contenere fra le altre indicazioni l' importo dei crediti capitali espressi nel titolo, o valutati dall' inscrivente, come pure *l' importo degli accessorj di questi capitali.* Vuole dunque la legge, o si tratti di privilegi o di ipoteche, che il creditore faccia conoscere al pubblico colle note d' iscrizione, oltre l' importo del capitale, l' importo altresì degli accessorj del capitale. Questi *accessorj,* di cui parla l'articolo 2148, sono principalmente gl'interessi, e qui molto giustamente avverte il Troplong (1) che la legge accenna agli interessi già scaduti all' epoca della iscrizione, essendo la sorte degli interessi da scadere determinata dalla disposizione dell' articolo 2151. Mi piace riportare le stesse parole del Troplong, le quali mi giovano a difendere, nella questione di cui mi occupo, la mia opinione contro la massima sostenuta dallo stesso Troplong e stabilita dalla Corte di Cassazione di Parigi: « Mais quand je dis que l'inscription doit contenir la mention des intérêts, je distingue les intérêts échus des intérêts à échoir. Quant aux intérêts échus, nul doute que le créancier inscrivant ne doive en faire mention dans l'inscription, s'il prétend les conserver.... A l'égard des intérêts à échoir, il n'est pas nécessaire d'en parler dans l'inscription. L' art. 2151 règle ce qui concerne ces intérêts. L'inscription seule d'un capital produisant intérêts, conserve deux années d'intérêts, et l'année courante. » Dalle stesse parole del Troplong chiaro risulta che i due articoli 2148 e 2151 si collegano tra loro strettamente, e può perciò il primo servire alla spiegazione del secondo. Se nel caso dei privilegi gl' interessi avessero *ipso jure* diritto allo stesso grado del capitale, non comanderebbe la legge, come fa colla disposizione dell' articolo 2148 comune ai privilegi e alle ipoteche, che il creditore nelle note da unirsi alla presentazione dell' atto, *da cui nasce il privilegio o l' ipoteca,* indichi l' importo degli accessorj. E se questa indicazione è necessaria tanto nella iscrizione delle ipoteche come in quella dei privilegi, del che nessuno può dubitare, si deve concludere che la sola indicazione nelle note d' iscrizione dell' importo del capitale non può bastare ad attribuire agl' interessi lo stesso grado del capitale, e che allora il creditore non può avere maggiori diritti, quanto

(1) Art. 2148, n. 683.

agl' interessi, di quelli che gli accorda l' articolo 2151. Il quale articolo 2151 mentre assegna agl' interessi lo stesso grado del capitale per due anni soltanto e per l' anno corrente, accorda il diritto al creditore di prendere iscrizioni particolari per gl' interessi, *esclusi quelli conservati in vigore della prima iscrizione.* Le quali espressioni ultime dell' articolo 2151 mostrano sempre più il nesso e il legame che passa tra i detti due articoli 2148 e 2151, i quali determinano i diritti dei creditori quanto agl' interessi dei capitali soggetti ad iscrizione. E siccome l' articolo 2148 riguarda e contempla tanto i capitali ipotecarj quanto i crediti privilegiati, così e agli uni e agli altri non puossi non riferire la disposizione dell' articolo 2151, che con quello strettamente si collega. D' altra parte, come si può dubitare che l' articolo 2151 non abbracci e i privilegi e le ipoteche, mentre contempla in generale *il creditore inscritto per un capitale che produce interessi* senza fare alcuna distinzione? Ma il Troplong si fonda nelle parole dell' articolo 2151, *nello stesso grado in cui è collocata l' ipoteca del capitale,* dalle quali deduce che la disposizione del detto articolo 2151 è applicabile soltanto ai capitali ipotecarj. A questa obiezione risponde vittoriosamente il Persil che la rubrica del capitolo *Del modo dell' Iscrizione dei Privilegi e delle Ipoteche,* sotto il quale trovasi l' articolo 2151, dispensa il legislatore dal ripetere ad ogni singola disposizione e ad ogni momento le due denominazioni *d' ipoteca* e *di privilegio* (1). Quando il creditore privilegiato iscrive il suo credito in tempo che sono già scadute annate d' interessi, non è certamente dispensato dall' obbligo di esprimere nelle note l' importo degli interessi scaduti, perchè un tale obbligo è dall' articolo 2148 imposto a qualunque creditore privilegiato ed ipotecario. Per qual ragione si vorrà dunque dispensare il creditore privilegiato dall' obbligo di prendere le particolari iscrizioni, di cui parla l' articolo 2151, per gl' interessi che non furono conservati colla prima iscrizione? È verissimo che gl' interessi sono un accessorio del capitale e ne seguono la sorte; ma questa massima è comune ai privilegi e alle ipoteche, e lungi dall' essere distrutta è confermata dall' articolo 2151, in grazia del quale è messa in armonia col sistema di pubblicità a cui furono i privilegi sottoposti al pari delle ipoteche. Se la legge avesse voluto sottrarre i privilegi dalla dispo-

(1) Art. 2151, n. 9.

sizione dell'articolo 2151, avrebbe dovuto farne una espressa riserva ed eccezione, sì perchè il detto articolo, come si è detto, trovasi sotto il capitolo che trattando *del modo dell' iscrizione dei privilegi e delle ipoteche* è comune ai privilegi e alle ipoteche, sì perchè la disposizione stessa è una conseguenza del sistema di pubblicità a cui furono sottoposti e le ipoteche e i privilegi. Perciò io tengo col Persil che tanto il venditore, quanto i coeredi e gli architetti non possano nello stesso grado del capitale venir classificati, rapporto agl' interessi, che per due anni soltanto e per l'anno corrente (1).

Ma sebbene io tenga per le ragioni dette applicabile ai privilegi la disposizione dell' articolo 2151, penso del pari che con diversa regola debbano misurarsi le iscrizioni particolari da farsi dal creditore degli interessi arretrati non conservati colla primitiva iscrizione conformemente al detto articolo secondo che trattasi di crediti ipotecarj o di crediti privilegiati. L' ipoteca giusta l'articolo 2134 non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell' iscrizione. Anche gl' interessi adunque di un capitale ipotecario non conservati colla primitiva iscrizione, ma iscritti posteriormente, come prescrive il citato articolo 2151, avranno grado dal giorno soltanto della loro rispettiva iscrizione. Se la data dell' iscrizione fissa irrevocabilmente il grado quando trattasi di un capitale ipotecario, la data dell' iscrizione fisserà anche il grado degl' interessi iscritti dopo l' iscrizione del capitale. La cosa è ben diversa nel caso di un credito privilegiato. I privilegi, come prescrive l' articolo 2106, non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione; ma la iscrizione dei privilegi, comechè necessaria a dar loro vita ed efficacia in faccia ai terzi, punto non serve a determinarne il grado, il quale per ciò non si misura dalla data della stessa iscrizione. E così anche la iscrizione degli interessi di un credito privilegiato, siccome accessorj del capitale e aventi perciò lo stesso diritto di privilegio di cui gode il capitale, darà effetto, ossia vita ed efficacia, al privilegio a cui gl' interessi stessi hanno diritto, ma non varrà a fissare il grado ad essi competente, come quello che nei privilegi non deve e non può mai misurarsi, finchè i privilegi conservano il loro essere di privilegio, dalla data dell' iscrizione. Per dirla in breve, gl' interes-

(1) Art. 2151, n. 9, e 10.

si, come quelli che sono un accessorio del capitale, costituiscono un credito che ha diritto alla stessa ipoteca e allo stesso privilegio competente al capitale. L'iscrizione pertanto degli interessi fatta separatamente e dopo l'iscrizione del capitale produrrà gli stessi effetti che produce l'iscrizione del capitale, e quindi, quanto agli interessi di un credito ipotecario, determinerà il grado ai medesimi dovuto; e quanto agli interessi di un credito privilegiato, servirà semplicemente a dare effetto al privilegio a cui gl'interessi stessi hanno diritto. Applichiamo a maggiore chiarezza queste massime al privilegio del venditore. La iscrizione del credito del venditore o fatta *ex officio* o dallo stesso venditore, gli conserverà il suo privilegio pel capitale, e rapporto agl'interessi, per due anni soltanto e per l'anno corrente. Per gli altri interessi che gli possano essere dovuti, il venditore non potrà reclamare il privilegio, se uniformandosi alla disposizione dell'articolo 2151 non ne avrà fatte una o più particolari iscrizioni. Ma mentre noi crediamo necessario che il venditore debba prendere particolari iscrizioni per gl'interessi non conservati colla stessa iscrizione del capitale, siamo d'altra parte convinti che anche rapporto ai detti interessi queste particolari iscrizioni servano unicamente a dare effetto in faccia ai terzi al privilegio ai medesimi spettante, e che il grado sia affatto indipendente dalla data delle dette iscrizioni. Si dirà essere inutile e senza scopo obbligare il venditore a prendere particolari iscrizioni degli interessi non conservati colla primitiva iscrizione, quando l'iscrizione non debba servire a misurarne il grado. Ma questa obiezione potrebbe farsi ancora contro l'iscrizione del capitale. Tizio p. e. vende a Sempronio un fondo, il cui prezzo o in tutto o in parte resta a pagarsi. Sempronio fa debiti, ed ipoteca ai mutuanti il fondo vendutogli da Tizio, i quali si danno premura d'iscrivere le rispettive ipoteche. Dopo cinque o sei anni comparisce l'iscrizione del credito privilegiato di Tizio, la quale, aprendosi un giudizio di espropriazione sul detto fondo in odio di Sempronio, vince tutti i crediti dei mutuanti, sebbene la loro iscrizione sia anteriore di tempo. Che giova ai creditori di Sempronio che Tizio debba iscrivere il suo privilegio, se essi fecero le somministrazioni quando la iscrizione di Tizio, che li avrebbe illuminati, non era ancora accesa, e se una tale iscrizione, comechè accesa posteriormente, ha un grado di preferenza? Eppure vuole la legge

che il privilegio del venditore sia iscritto o *ex officio*, o dal venditore! Contro la detta obiezione posso rispondere colle parole dello stesso Troplong: «La jurisprudence est exempte de reproches; car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites (1). »

Non vuolsi però tacere che quando le iscrizioni particolari degli interessi di un credito privilegiato fossero prese all' appoggio dell' articolo 2151 dopo il termine assegnato dalla legge alla iscrizione del credito principale, come p. e. nel caso dei coeredi dopo il termine dei 60 giorni, dovrebbero allora aver grado dalla data della iscrizione, non ostante che il credito principale fosse stato iscritto entro il termine legale; e ciò perchè il diritto dei privilegi, o si tratti del capitale, o degli accessorj, iscritti dopo il termine dalla legge assegnato, si misura giusta l' articolo 2113 relativamente ai terzi dall' epoca della iscrizione. Sarà anche questa, io nol negherò, una anomalia, che le iscrizioni particolari degl' interessi di un credito privilegiato fatte all' appoggio del citato articolo 2151 abbiano grado dal giorno della loro data, se si tratterà p. e. del credito di un coerede, e non abbiano punto a misurarsi dalla loro data se si tratterà invece del privilegio del venditore. Ma anche questa anomalia è una conseguenza del sistema non uniforme adottato dal Codice Napoleone per la iscrizione dei privilegi, mentre ad alcuni, come a quello dei coeredi, ha assegnato un termine perentorio, scorso il quale cessano di essere privilegi, e passano nella categoria dei crediti ipotecarj; ad altri, come a quello del venditore, ha lasciato una facoltà illimitata ed assoluta di farne in qualunque tempo la iscrizione.

389. Dimanda il Persil (2), se la disposizione dell' articolo 2151 è altresì applicabile al privilegio che compete ai creditori e ai legatarj del defunto che dimandano la separazione dei patrimonj, e risponde con molta ragione, che in questo caso non trattasi di un privilegio ordinario, ma di un privilegio il cui scopo è di tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell' erede, e che di conseguenza quando una tale distinzione di patrimonj si è operata, i creditori ed i legatarj del defunto devono avere il pieno diritto di essere soddisfatti sugli immobili della eredità di tutto ciò che loro è dovuto preferibilmente ai creditori personali dell' erede.

(1) Art. 2103, n. 219.
(2) Art. 2151, n. 11.

390. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ha confermato nell'articolo 1992 la disposizione dell'articolo 2106 del Codice Napoleone, ma levando con savissimo consiglio le espressioni *dalla data di tale iscrizione*, le quali hanno dato luogo alla questione, di cui sopra abbiamo parlato (1), si è limitato a dichiarare che « i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto fra i creditori, se non in quanto sieno stati resi pubblici colla iscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche nel modo determinato dalla legge. » Ma l'altra questione relativa agli interessi dei crediti privilegiati, di cui abbiamo or ora tenuto parola (2), non fu tolta dal Codice delle Due Sicilie, il quale nell'art. 2045, che è sotto il capo che tratta *del modo della inscrizione dei privilegi e delle ipoteche,* si limita a ripetere parola per parola la disposizione dell'articolo 2151 del Codice Napoleone. E infatti nel 1827 si agitò la quistione avanti la Corte di Napoli, se il citato articolo 2045 del Codice delle Due Sicilie, che accorda al creditore iscritto due annate oltre la corrente, fosse applicabile altresì al venditore, o se questi dovesse essere collocato nello stesso grado tanto pel prezzo dovutogli, quanto per tutti gl'interessi decorsi. E la Corte di Napoli con sentenza del 18 aprile 1828 attenendosi all'opinione seguíta dalla Giurisprudenza Francese, e argomentando dalle parole del citato articolo — *nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capitale, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari da farsi, producenti ipoteca dal giorno della loro data, per le altre annualità* — non potersi la disposizione del medesimo estendere al credito del venditore che è garantito con un privilegio, anzi che con una ipoteca, accordò grado ai venditori del fondo che formava il soggetto di espropriazione giudiziale, tanto pel capitale, quanto per tutte le annate d'interessi ai medesimi dovute. Questa Decisione della Corte di Napoli abbracciò la massima contraria alla opinione che su questo punto di questione ho qui sopra (3) esternato francamente; ma non per questo le mie convinzioni vacillano, alle quali, se manca l'appoggio della Decisione della Corte di Napoli, porge un validissimo sostegno l'autorità del chiarissimo avvocato Agresti Procurator Generale del Re presso la Corte

(1) N. 386, pag. 137.
(2) N. 388, pag. 143.
(3) N. 388, pag. 146.

R. Civile di Napoli, il cui voto contrario alle pretese dei venditori prova con tutta evidenza che l' articolo 2045 del Codice delle Due Sicilie scritto sotto il capitolo che tratta *del modo della inscrizione dei privilegi e delle ipoteche,* e che contempla in generale *il creditore inscritto per un capitale che produce interessi o anualità,* non può non essere comune ai privilegi e alle ipoteche. E qui, siccome alla opinione mia su questo medesimo punto di questione sta contro, come dissi, l' autorità della Francese Giurisprudenza, non posso rimanermi dal riportare le forti parole del lodato giureconsulto avvocato Agresti contro l' abuso d' invocare l' autorità, come si fece appunto nella causa napolitana, della Giurisprudenza anche sui punti intorno ai quali la Giurisprudenza stessa non s' accorda col testo della legge: « Si è invocata in ultimo luogo l' autorità della Giurisprudenza Francese. Quando si cesserà da quest' abuso che distrugge ora in un colpo ed ora insensibilmente l' impero della legge? Le autorità che mettono in veduta con argomenti legali il senso vero delle leggi, debbono consultarsi, onde si elevino con un simile soccorso le nostre cognizioni, e debbono seguirsi, perchè nel seguirle si segue appunto la legge rettamente interpretata. Ma le autorità mal fondate, quelle cioè che poggiano sopra argomenti fallaci, e che talvolta non sono sostenute neppure da argomento veruno, chi le adotti, parteciperà sempre ad errori più o meno comuni, e preferirà il senso vero della legge all' altrui illegale opinione (1). »

391. Il Codice di Parma adottando esso pure, come fa il Codice Napoleone, il sistema di pubblicità pei privilegi costituiti sugli immobili, dispone nell' articolo 2149 che la notificazione de' privilegi in un pubblico uffizio a ciò destinato è il mezzo di conservarli, che questa notificazione si eseguisce nelle forme prescritte per la notificazione delle ipoteche, e che essa deve contenere inoltre la menzione del credito privilegiato, e delle cause che lo producono, e dichiara nell' articolo 2150, che i privilegi sopra i mobili vanno esenti da questa notificazione. Anche sotto il Codice di Parma la notificazione dei privilegi non ne determina il grado, e però è detto nell' articolo 2153, che mediante la

(1) Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di Diritto pubblicate da Michele Agresti Procurator Generale del Re presso la C. R. Civile di Napoli, tom. 2. Dec. in causa Riccio-Cacace-Amato.

prescritta notificazione fatta nel termine legale i privilegi si conservano per modo, che ritengono l'epoca di loro origine. Quanto poi agl' interessi, è ben detto nell' articolo 2216 che il creditore che ha notificato un capitale che produce annui interessi, se nella notificazione ha enunciato la quantità dei medesimi, ha diritto di essere rispetto ad essi collocato per cinque anni soltanto nello stesso grado in cui è collocato il capitale; ma siccome il detto articolo è sotto il paragrafo, il quale tratta esclusivamente *dell' ordine fra le ipoteche,* così non lo credo applicabile ai privilegi, ai quali perciò deve competere lo stesso grado sì pel capitale come per tutti gl' interessi.

392. Il Codice di Sardegna ripete nell' articolo 2202 la disposizione dell' articolo 2106 del Codice Napoleone, omettendo però le espressioni *dalla data di tale iscrizione,* per le quali l' articolo del Codice Napoleone ha dato luogo alla difficoltà sopra accennata (1); e dichiara nell' articolo 2203, che i privilegi sopra i mobili non sono soggetti all' inscrizione. Ma quanto agli interessi, essendosi limitato a riprodurre nell' articolo 2237, che è sotto il capo che tratta *del modo dell' iscrizione dei privilegi e delle ipoteche,* la disposizione dell' articolo 2151 del Codice Napoleone, ha lasciato aperto il campo alla stessa difficoltà che si è fatta, come si disse (2), dagli Interpreti Francesi intorno al detto articolo 2151.

393. Il Regolamento Ipotecario Pontificio dispone esso pure nel § 92 che la iscrizione de' privilegi e la trascrizione degli atti da cui dipendono, nei registri ipotecarj, è il modo di conservarli; nel § 93, che si eseguisce la iscrizione de' privilegi nelle forme stabilite per la iscrizione delle ipoteche, e che dee contenere la menzione del credito privilegiato e delle cause che lo producono; nel § 94, che i privilegi sopra i mobili sono esenti dalla iscrizione; e finalmente dispone nel § 100, che l' effetto delle iscrizioni consiste nel conservare i privilegi dalle epoche rispettive a cui rimontano i termini assegnati per eseguirle. Quanto agli interessi, stabilisce nel § 181 che il creditore che ha iscritta l' ipoteca per un capitale che produce annuo frutto, se nella iscrizione avrà enunciata la quantità di esso, ha diritto di essere collocato rispetto ai frutti di tre anni, compreso quello

(1) N. 386, pag. 137.
(2) N. 388, pag. 143.

che decorre all' epoca della iscrizione, nello stesso grado che viene attribuito al capitale. Ma questa disposizione, che è sotto il capitolo che tratta *dell' ordine fra le ipoteche*, non è applicabile ai privilegi, nei quali di conseguenza gl' interessi tutti decorsi devono essere collocati nello stesso grado del capitale.

394. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* dispóne nell'articolo 32, ad imitazione degli altri Codici sopra nominati, che i privilegi, come il benefizio della separazione dei patrimonj, in quanto riguardano i beni immobili, non operano i loro legali effetti se non vengono inscritti sui registri dei Conservatori delle ipoteche; nell' articolo 33, che le iscrizioni dei privilegi e del benefizio suddetto si eseguiscono come è prescritto agli articoli 82 e 83 sotto il capitolo *delle inscrizioni;* nell'articolo 34, che trattandosi de' privilegi debbono inoltre esprimersi nelle note le loro cause; e nell' articolo 39, che pendente per il creditore il termine ad inscrivere il privilegio, non gli pregiudicano le altre inscrizioni, che frattanto possono accendersi sui beni stessi. Ma quanto agli interessi, la Legge Ipotecaria Toscana ha tolto la questione lasciata dagli altri Codici sopra nominati. Imperocchè negli articoli 108 e 109, che sono sotto il capitolo *Dell' ordine delle ipoteche,* dichiara che la inscrizione di un capitale come fruttifero comprende per sè medesima, senza bisogno di altra dichiarazione o nota, un cumulo di tre annate qualunque di frutti, e quelli della corrente, ed è utile all' inscrivente per i detti frutti egualmente che per la sorte; e che per un maggior cumulo di annate che venga a formarsi, si rende necessario al creditore di inscriverlo particolarmente, ma la inscrizione in questo caso opera soltanto del giorno in cui è presa. Dopo queste disposizioni poi, che contemplano espressamente i crediti ipotecarj, dichiara e dispone nell' articolo 111 che le regole stesse sono comuni ai crediti privilegiati sui beni stabili.

395. Si disse già che il Progetto Vatimesnil avea adottato un sistema di pubblicità completa, (1) sistema che era altresì stato abbracciato dal Progetto Ministeriale Rouher, e quindi l'uno e l' altro sottoponevano alla iscrizione i privilegi sugli immobili. Ma, quanto agli interessi, il Progetto Rouher conservava in vigore rispetto ai capitali ipotecarj la massima stabilita dall' articolo 2151 del Codice Napoleone, e rispetto al privilegio

(1) N. 380, pag. 124.

del venditore nell'articolo 2110 assegnava a cinque annate lo stesso grado del capitale (1). Al contrario il Progetto Vatimesnil volle ridurre sì riguardo ai crediti ipotecarj come ai crediti privilegiati ad un sistema uniforme ed invariabile il diritto del creditore rispetto agli accessorj, e perchè l'anno corrente, di cui parla l'articolo 2151 del Codice Napoleone, può variare da un giorno fino a undici mesi e 29 giorni, e perchè la misura dell'annuo interesse può essere più o meno elevata, e perchè le spese non possono essere con esattezza anticipatamente conosciute. Stabiliva pertanto che il creditore tanto ipotecario quanto privilegiato non potesse mai, rispetto agli interessi e alle spese, essere classificato nello stesso grado del capitale per una somma che sorpassasse il decimo dello stesso capitale (2). Questa misura del Progetto Vatimesnil era grandemente utile al credito fondiario, perchè il somministratore che contratta con un possessore di un fondo offertogli in ipoteca sarebbe in grado di esattamente calcolare la somma da cui potrebbe essere vinto riguardo agli accessorj del credito anteriore.

396. Finalmente il Codice di Modena, che ha abbracciato un sistema di pubblicità rispetto alle ipoteche e ai privilegi più perfetto che non è quello del Codice Napoleone, ripete nell'articolo 2141 la disposizione dell'articolo 2106 del detto Codice, ommesse però, ad imitazione degli articoli 1992 del Codice delle Due Sicilie e 2202 del Codice di Sardegna, le parole, del resto inutili, *dalla data di tale inscrizione*, colle quali il detto articolo 2106 del Codice Napoleone lasciò luogo alla questione più sopra accennata (3): « *I privilegi sopra gli stabili non hanno effetto tra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici coll' inscrizione sui registri del conservatore delle ipoteche.* »

L'articolo 2106 del Codice Napoleone dichiara che la inscrizione dei privilegi si fa *nel modo determinato dalla legge.* E questo modo è appunto determinato nell' articolo 2148 comune ai privilegi e alle ipoteche, che trovasi sotto il capo quarto *Del modo dell' Inscrizione dei Privilegi e delle Ipoteche.* Secondo quest' articolo 2148 il creditore alla presentazione dell' atto da cui nasce il privilegio o l' ipoteca deve unire due note scritte so-

(1) Moniteur, 10 avril 1850, n. 100.
(2) Moniteur, 26 avril 1850, n. 116.
(3) N. 386, pag. 137.

pra carta bollata, le quali devono contenere alcune indicazioni volute dalla legge, e fra le altre quella della data e della natura del titolo. *La natura del titolo*, come dice il Troplong (1), ha per iscopo di far conoscere se il diritto del creditore inscritto è un privilegio o una ipoteca, e se l'ipoteca al creditore competente è convenzionale, legale o giudiziale. Così p. e. se l'inscrizione farà conoscere che l'atto, all'appoggio del quale fu presa, è una divisione, i terzi capiranno che si tratta di un diritto di privilegio; se farà conoscere che l'atto è invece una sentenza, i terzi sapranno che la ipoteca iscritta è una ipoteca giudiziale. Non obbliga dunque il Codice Napoleone il creditore inscrivente a indicare nelle note se il diritto che gli compete è un privilegio od una ipoteca, e lascia che i terzi argomentino dalla qualità e natura del titolo la qualità e natura del diritto al creditore spettante. Ma i Codici di Parma, e le Leggi Ipotecarie Pontificia e Toscana, volendo che i terzi rimanessero dalla inscrizione illuminati, senza pericolo di equivoci e di errori e di false interpretazioni, sulla vera natura del diritto competente all'inscritto creditore, prescrissero che la notificazione od inscrizione dei privilegi, da eseguirsi nelle forme prescritte per la notificazione od inscrizione delle ipoteche, dovesse contenere inoltre la menzione del credito privilegiato, e delle cause che lo producono. Attenendosi a questa savissima massima i Compilatori del Codice di Modena aggiunsero nella seconda parte del citato articolo 2141 la seguente dichiarazione: « *Questa inscrizione si eseguisce nelle forme prescritte per quella delle ipoteche: essa deve contenere inoltre la menzione del credito privilegiato, e delle cause che lo producono.* »

Articolo 2107.

Sono eccettuati dalla formalità dell' inscrizione i crediti specificati nell' articolo 2101.

397. L'articolo 2106 assoggetta alla formalità della inscrizione *i privilegi sopra gl'immobili*. Quindi i privilegi sui mobili rimangono, anche senza bisogno di una speciale menzione, da una tale formalità dispensati, non già come una eccezione fatta

(1) Art. 2148, n. 682.

alla regola generale stabilita col detto articolo 2106, ma anzi per non essere compresi sotto la detta regola, che colpisce soltanto i privilegi sugli immobili. Una eccezione vera è fatta alla detta regola generale colla disposizione dell'articolo 2107, che dispensa dall'inscrizione i crediti specificati nell'articolo 2101, perchè i detti crediti non sono privilegiati soltanto sopra la generalità dei mobili, ma in forza dell'articolo 2104 estendono il loro privilegio sopra i mobili e gl'immobili.

398. Si fa dagli Interpreti del Diritto Francese la questione, se i crediti indicati nell'articolo 2101 siano eccettuati dalla formalità della inscrizione non solo in faccia agli altri creditori, ma altresì in confronto del terzo possessore dell'immobile colpito dal privilegio generale. Il Codice Napoleone vuole che ogni terzo possessore possa liberare la sua proprietà dai privilegi e dalle ipoteche che vi sono inerenti, onde garantirsi dagli effetti delle azioni reali ipotecarie, e perciò l'articolo 2180 n° 3° stabilisce, che i privilegi e le ipoteche si estinguono coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati. Queste formalità e condizioni da osservarsi dal terzo possessore che vuole purgare la sua proprietà dai privilegi e dalle ipoteche sono stabilite nei capitoli ottavo e nono. Il capitolo ottavo prescrive in generale il modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche, e il capitolo nono il modo determina di render libere le proprietà dalle ipoteche, quando non esista inscrizione sui beni dei mariti e dei tutori. Ora per la purgazione dei fondi dai privilegi generali dell'articolo 2101, che si estendono in forza dell'articolo 2104 sopra i mobili e sopra gl'immobili, si osserveranno le forme prescritte nel capitolo ottavo, o pur quelle del capitolo nono? Non certamente quelle del capitolo nono, le quali riguardano esclusivamente e tassativamente il modo di liberare le proprietà dalle ipoteche legali delle mogli e dei minori quando non esista inscrizione sui beni dei mariti e dei tutori passati nelle mani di un terzo possessore. Se i privilegi generali dell'articolo 2101 non possono essere purgati colle forme specialissime del capitolo nono, è duopo concludere che dovranno e potranno essere purgati colle forme generali del capitolo ottavo. Altrimenti se nè pure colle forme stabilite nel capitolo ottavo i privilegi generali dell'articolo 2101 potessero essere purgati, la legge avrebbe mancato a

sè stessa, lasciando il terzo possessore nella impossibilità di liberarsi dal peso dei detti privilegi generali dell' articolo 2101. Il Troplong (1) dice che sarebbe un gran vizio nella legislazione, se i privilegi generali dell' articolo 2101 non potessero essere purgati dal terzo possessore, e non trovando alcuna disposizione che ai medesimi si riferisca nei capitoli ottavo e nono del Codice Civile, ricorre agli articoli 834 e 835 del Codice di Procedura. Giova riportare il testo di questi due articoli, dei quali accadrà più volte di far menzione nel corso di quest'Opera: « Art. 834. I creditori che avendo un titolo d' ipoteca a termini degli articoli 2123, 2127 e 2128 del Codice Napoleone non avessero fatto iscrivere i loro titoli anteriormente alle alienazioni che in futuro potessero farsi dei beni ipotecati, non saranno ammessi a domandare che vengano, di conformità al disposto nel capo VIII del titolo XVIII del Codice Napoleone, posti all'incanto, se non giustificheranno di aver fatto seguire l'inscrizione della loro ipoteca entro giorni quindici al più tardi da che è stata fatta la trascrizione dell' atto traslativo della proprietà. Lo stesso ha luogo rispetto a'creditori aventi privilegio sopra immobili, senza pregiudizio degli altri diritti attribuiti al venditore ed agli eredi dagli articoli 2108 e 2109 del Codice Napoleone. » « Art. 835. Nel caso dell'articolo precedente, il nuovo proprietario non ha obbligo di fare a'creditori, che non hanno inscrizione anteriore alla trascrizione dell' atto di alienazione, le notificazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184 del Codice Napoleone; in ogni caso poi, mancando i creditori di proporre la domanda per l' incanto nel termine e colle forme prescritte, il detto nuovo proprietario non è tenuto che al pagamento del prezzo, di conformità al prescritto dall' articolo 2186 del Codice Napoleone. » Dalle espressioni generali dell' articolo 834 del Codice di Procedura, il quale accorda *ai creditori aventi privilegio sopra immobili* il diritto di chiedere che il fondo sia posto all' incanto, sì veramente che giustifichino di aver fatto seguire l'iscrizione del loro privilegio entro giorni quindici al più tardi da che è stata fatta la trascrizione dell' atto traslativo della proprietà, deduce il Troplong che anche i privilegi generali dell'articolo 2101 devono essere iscritti in faccia al terzo possessore, altrimenti questi non è tenuto di far loro le notificazioni prescritte dagli articoli 2183

(1) Art. 2107, n. 273.

e 2184 del Codice Napoleone, nè può correre pericolo di vedere esposto all'incanto il fondo, il cui valore resta definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto.

Io penso col Troplong e col Persil (1) che i privilegi generali dell'articolo 2101 siano eccettuati dalla iscrizione in faccia agli altri creditori, e che debbano esse inscritti entro i quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione in faccia al terzo possessore che vuol procedere al giudizio di purgazione; ma credo altresì col Duranton (2) che anche indipendentemente dall'articolo 834 del Codice di Procedura, secondo le strette regole del Codice Civile, i privilegi stessi dovessero essere iscritti in faccia al terzo possessore. Finchè gl'immobili colpiti dai privilegi generali dell'articolo 2101 sono in mano del debitore, è fuori di dubbio che i detti privilegi sono dispensati dall'obbligo della inscrizione. Imperocchè l'articolo 2107, che accorda una tale dispensa, è una eccezione appunto della disposizione generale dell'articolo 2106, secondo la quale i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione. Ma in faccia ai terzi possessori i diritti dei creditori aventi privilegio od ipoteca sono determinati dalle disposizioni degli articoli 2166, 2167 e 2185. Dispongono i primi due che i creditori aventi privilegio od ipoteca *inscritta* sopra un immobile, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni, e che se il terzo possessore non adempie alle formalità stabilite pel giudizio di purgazione, resta, *in vigore della sola inscrizione*, obbligato come possessore a tutti i debiti ipotecarj. Dispone il terzo che quando il nuovo proprietario avrà fatte le notificazioni e dichiarazioni prescritte dagli articoli 2183 e 2184, qualunque creditore, *di cui è inscritto il titolo*, può chiedere che l'immobile sia posto all'incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni. Risulta chiaramente dalle concordi disposizioni dei tre citati articoli, che tutti i creditori tanto privilegiati quanto ipotecarj, per avere diritto di agire con azione reale ipotecaria contro il terzo possessore, devono essere iscritti al momento della alienazione. A questa massima generale fa il Codice Civile una sola eccezione in favore delle mogli e dei minori, fissando nel capitolo nono le norme speciali a cui deve

(1) Art. 2107, n. 3.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 205.

attenersi il terzo possessore, onde rendere libera la sua proprietà, quando non esista inscrizione a carico dei mariti e dei tutori. Fuori del caso di queste ipoteche legali spettanti alle mogli e ai minori, per la purgazione delle quali sono nel citato capitolo nono fissate norme speciali ed eccezionali, tutti gli altri creditori, ipotecarj o privilegiati, ove si considerino in faccia al terzo possessore, cadono sotto le disposizioni generali dei citati articoli 2166, 2167 e 2185, e devono essere iscritti al momento dell'alienazione dello stabile gravato dal loro privilegio o dalla loro ipoteca. Non varrebbe il dire che essendo i privilegi generali dell' articolo 2101 dispensati, come le ipoteche legali delle mogli e dei minori, dalla formalità della inscrizione, non devono essere compresi sotto le disposizioni generali dei citati articoli 2166, 2167 e 2185, i quali stabiliscono i diritti dei creditori ipotecarj e privilegiati verso i terzi possessori. Imperocchè, come già si è avvertito qui sopra, l'articolo 2107 dispensa dalla formalità dell' inscrizione i privilegi generali dell' articolo 2101 eccettuandoli dalla disposizione generale dell' articolo 2106, secondo la quale i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione. Al contrario fissando il Codice nel capitolo nono norme speciali per la purgazione delle ipoteche non iscritte delle mogli e dei minori, e non per la purgazione dei privilegi generali, rispetto alle prime è confermata la loro dispensa dalla inscrizione anche in faccia al terzo possessore, e i privilegi generali invece dell' articolo 2101 rimangono necessariamente compresi sotto la regola generale, in grazia della quale qualunque creditore o privilegiato o ipotecario deve essere iscritto al momento della alienazione per avere diritto di far valere la sua ipoteca o privilegio in faccia al terzo possessore. Io credo dunque col Duranton che anche secondo le massime del Codice Civile, senza bisogno di ricorrere alla disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura, i privilegi generali dell' articolo 2101 non siano dispensati in faccia al terzo possessore dalla formalità della inscrizione. Sarà, se si vuole, una incoerenza del legislatore l'avere prescritte forme e regole speciali per la purgazione delle ipoteche legali delle mogli e dei minori dispensate dalla inscrizione, e l'avere assoggettati i privilegi generali dell'articolo 2101, anch' essi esenti dall'inscrizione in faccia ai creditori, alle generali forme di purgazione stabilite nel capo ottavo

per tutti i privilegi ed ipoteche. Ma l'incoerenza e la colpa del legislatore sarebbero di gran lunga maggiori quando si volesse ritenere che secondo le massime del Codice Civile, indipendentemente dall' articolo 834 del Codice di Procedura Civile, il terzo possessore non avesse modo di purgare la sua proprietà dai privilegi generali dell'articolo 2101. Non è l'articolo 834 del Codice di Procedura, come dice anche il Duranton, quello che obbliga i privilegi generali dell' articolo 2101 alla formalità della inscrizione onde aver diritto di chiedere che il fondo che trovasi in mano del terzo possessore sia posto all' incanto. Quest' obbligo è imposto a tutti i creditori, e quindi anche ai privilegi generali dell'articolo 2101 dalla disposizione dell' articolo 2185 del Codice Civile, in forza del quale possono chiedere che l' immobile sia posto all'incanto i soli creditori, di cui è inscritto il titolo. Quest'obbligo della inscrizione che hanno i privilegi generali dell' articolo 2101 in faccia al terzo possessore in forza della generale disposizione dell'articolo 2185, non è che confermato e ribadito dall'articolo 834 del Codice di Procedura. L' articolo 834 del Codice di Procedura ha modificato il Codice Civile in questo solo, che mentre secondo il Codice Civile i creditori ipotecarj e privilegiati per avere diritto di far valere la loro ipoteca o privilegio in faccia al terzo possessore doveano essere inscritti al momento della alienazione, secondo il citato articolo 834 del Codice di Procedura sono in tempo di accendere la inscrizione anche dopo l' alienazione dell' immobile gravato dal loro privilegio od ipoteca, ed è loro a tale effetto accordato il termine di quindici giorni dalla eseguita trascrizione.

Ammesso dunque e ritenuto che la legge non può non aver voluto che i terzi possessori possano liberare i fondi acquistati dal peso de' privilegi generali dell' articolo 2101 come quelli che si estendono anche sopra gli immobili; che in difetto di forme speciali ed eccezionali, i detti privilegi generali devono purgarsi colle forme comuni ed ordinarie prescritte nel capo ottavo, che tratta *del modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche;* che secondo l' articolo 2185 qualunque creditore, il quale voglia dimandare che il fondo sia posto all' incanto, deve avere un titolo iscritto; che questa condizione è pur richiesta dall' articolo 834 del Codice di Procedura, il quale modifica il Codice Civile in ciò solo che permette che l' iscrizione sia fatta posteriormente alla alienazione entro quindici giorni dalla tra-

scrizione del contratto; tutto ciò ammesso e ritenuto, alla questione che abbiamo sopra proposta, se cioè i crediti indicati nell'articolo 2101 siano eccettuati dalla formalità della iscrizione non solo in faccia agli altri creditori, ma altresì in confronto del terzo possessore, risponderemo colla seguente distinzione. O i creditori privilegiati dell' articolo 2101 vogliono far uso del diritto che loro accorda l' articolo 2185, domandare cioè che l'immobile sia posto all' incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni, e in questo caso devono giusta la disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura giustificare di aver fatto eseguire l' iscrizione del loro privilegio entro giorni quindici al più tardi dalla trascrizione dell' atto, onde la proprietà dell' immobile su cui hanno privilegio fu trasferita nel terzo possessore. O al contrario i detti creditori si limitano a chiedere di essere classificati nella graduatoria per aver parte nella distribuzione del prezzo, e in questo caso devono essere ammessi a far valere le loro ragioni, sebbene non abbiano iscritto il loro privilegio, e quand' anche sia scorso il termine dei quindici giorni dalla trascrizione del contratto fatta dal terzo possessore, e quindi non siano essi più in tempo di accendere la iscrizione. In questo secondo caso i detti creditori non esercitano il privilegio sull' immobile in danno del terzo possessore, ma sul prezzo in danno e in conflitto cogli altri creditori. La graduatoria fissa i diritti e la sorte dei creditori che tra loro contrastano di prelazione, e a questa lotta che si agita fra i creditori rimane estraneo il terzo possessore. E siccome i privilegi generali dell' articolo 2101 sono in faccia agli altri creditori eccettuati in grazia dell' articolo 2107 dalla formalità dell' iscrizione, così i detti privilegi anche senza la veste della iscrizione potranno sempre prender parte al giudizio di graduazione per essere pagati sul prezzo dell' immobile preferibilmente agli altri creditori (1). Con questa distinzione si salvano tutti i diritti, i diritti del terzo possessore, il quale deve avere il mezzo di purgare il suo fondo dai privilegi dell' articolo 2101, e i diritti dei creditori privilegiati, a cui resta salva la dispensa dall' iscrizione in faccia agli altri creditori loro accordata dall'articolo 2107; e si conciliano nello stesso tempo tutte le disposizioni della legge, la disposizione cioè dell' articolo 2107, che

(1) Troplong, art. 2107, n. 274. Persil, art. 2107, n. 4.

eccettua dalla formalità dell' inscrizione i crediti specificati nell'articolo 2101 in faccia ai creditori, e le disposizioni degli articoli 2185 del Codice Civile e 834 del Codice di Procedura, che negano ai creditori non iscritti il diritto di chiedere che l'immobile sia posto all' incanto ed alle pubbliche aggiudicazioni. Se dunque i creditori privilegiati dell' articolo 2101 fanno valere il loro gius di privilegio in un giudizio di espropriazione, o in un giudizio di universale concorso su' beni immobili che compongono il patrimonio del debitore, allora è fuori di ogni dubbio che non hanno bisogno d' iscrizione in grazia della dispensa loro concessa dall' articolo 2107. O esercitano il privilegio in un giudizio di purgazione, e allora, giusta la distinzione or ora fatta, hanno bisogno della iscrizione o di questa possono far senza, secondo che fanno valere il loro gius sull' immobile in danno del terzo possessore, ovvero sul prezzo in concorso e in danno dei soli creditori.

399. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ad imitazione dell' articolo 2107 del Codice Napoleone eccettua anch'esso nell'articolo 1993 dalla formalità della inscrizione i crediti specificati nell' articolo 1970, ossia i privilegi generali che si estendono sopra i mobili e gl' immobili.

400. Il Codice di Parma nell' articolo 2150 dichiara che i privilegi sopra i mobili vanno esenti dalla notificazione prescritta nell' articolo 2149 come il mezzo di conservare i privilegi, e che ne abbisognano per quanto agli stabili soltanto i privilegi di cui negli articoli seguenti, ossia quelli del venditore, del coerede o del condividente, di coloro che hanno somministrato il danaro convertito nell' acquisto del fondo, degli architetti, impresarj, muratori, ed altri operaj, e finalmente dei creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj. E così anche secondo il Codice di Parma rimangono dispensati dalla detta notificazione, ossia dall' obbligo della pubblicità, i privilegi generali indicati nell' articolo 2129, i quali giusta l' articolo 2148 si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili.

401. Il Codice di Sardegna dichiara esso pure negli articoli 2203 e 2204, che i privilegi sopra i mobili non sono soggetti all' iscrizione, che sono dalla formalità dell' iscrizione eccettuati i privilegi pei crediti di cui nell' articolo 2156, ossia i privilegi generali, quantunque colpiscano anche gli immobili,

e che ne sono parimente esenti i privilegi per i tributi, di cui alli numeri 2 e 3 dell'articolo 2195.

402. Il Regolamento Ipotecario Pontificio, come altra volta fu notato, ai crediti, a cui gli articoli 2101 e 2104 del Codice Napoleone accordano il privilegio generale sopra i mobili e sopra gli immobili, attribuisce nel § 62 il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, siano mobili, siano immobili, prima che vengano sodisfatti i creditori privilegiati sugli uni o sugli altri. Rimangono perciò detti crediti senza bisogno di speciale eccezione esenti dall'obbligo della iscrizione, come quella la quale nel § 92 è indicata come il modo di conservare i privilegi. E qui è da notare che la questione, di cui abbiamo fatto parola qui sopra, se i privilegi generali che si estendono sopra i mobili e sopra gli immobili siano esenti dall'obbligo della inscrizione anche in faccia al terzo possessore, non potrebbe farsi rispetto ai crediti, a cui il § 62 del Regolamento Pontificio accorda il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore. Imperocchè, essendo appunto il loro privilegio il diritto di essere detratti o prelevati *dai beni del debitore,* non potrebbero mai estendere la loro azione ai beni stati alienati, per agire contro un terzo possessore. Quanto poi ai privilegi veri, stabilisce il § 94 del lodato Regolamento Pontificio che i privilegi sopra i mobili sono esenti dalla iscrizione, e che, quanto agli immobili, ne abbisognano alcuni privilegi soltanto, di cui è fatta menzione nei successivi paragrafi, dispensando così tacitamente dalla iscrizione quei privilegi sugli immobili non indicati tra quelli che della iscrizione hanno mestieri.

403. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* esenta nell'articolo 44 dalla iscrizione i privilegi indicati all'articolo 9, ossia i privilegi che godono di un privilegio generale sui beni immobili e mobili, ed inoltre quelli indicati al n° 1 e 7 dell'articolo 17, ossia il privilegio concesso all'amministrazione del registro pei diritti di passaggio e di contrattazione dei beni stabili, e per le ammende relative, e quello concesso al padrone diretto sopra l'utile dominio dei beni livellari, ed al locatore sui beni dati a lungo tempo.

404. Uniformandosi il Codice di Modena alla massima stabilita dall'articolo 2107 del Codice Napoleone dispensa dalla inscrizione coll'articolo 2147 i privilegi generali che si estendono

sopra i mobili e sopra gli stabili: « *Sono eccettuati dalla formalità della inscrizione i privilegi pei crediti di cui nell' articolo* 2123, *quantunque colpiscano anche gli stabili.* » Non ebbero bisogno i Compilatori del Codice di Modena di accordare, come fa il Codice di Parma, una espressa dispensa dalla inscrizione ai privilegi sui mobili. Imperocchè il Codice di Parma dichiara nell' articolo 2149 in termini generali ed assoluti che la notificazione de' privilegi in un pubblico uffizio a ciò destinato è il mezzo di conservarli. Dovea dunque accordare una espressa dispensa ai privilegi sui mobili siccome una eccezione alla regola generale stabilita coll' antecedente articolo 2149. Al contrario il Codice di Modena, ad imitazione dell' articolo 2106 del Codice Napoleone, dichiara semplicemente nell' articolo 2141 che i privilegi sopra gli stabili non hanno effetto tra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici coll' inscrizione. Assoggettando la regola generale stabilita col detto articolo 2141 alla formalità della inscrizione i soli privilegi sopra gli stabili, i privilegi sui mobili non compresi sotto la detta regola generale rimangono, senza bisogno di una espressa dichiarazione del legislatore, esenti dalla formalità della inscrizione.

Potrebbe domandarsi, se giusta i principj del Codice di Modena i privilegi generali dell' articolo 2123, dispensati dall' inscrizione coll' articolo 2147, sieno altresì esenti dalla inscrizione in faccia al terzo possessore. Io credo che a questa domanda si debba rispondere colla stessa distinzione che abbiamo fatta qui sopra (1), allorchè abbiamo considerato il dubbio in ordine alle disposizioni del Codice Napoleone. Infatti l' articolo 2147 del Codice di Modena non è che una eccezione fatta alla regola generale stabilita coll' articolo 2141, seconda la quale i privilegi sopra gli stabili non hanno effetto *tra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici coll' inscrizione. Sono dunque chiaramente e in modo non equivoco dispensati i privilegi generali dell' articolo 2123 dalla formalità della inscrizione in faccia agli altri creditori. Ma quando i creditori privilegiati dell' articolo 2123 vogliono far valere il loro privilegio in faccia ad un terzo possessore, allora non possono avere altri diritti che quelli che ai creditori privilegiati ed ipotecarj sono concessi dalla legge nella Sezione quarta, la quale tratta *degli effetti de' privilegi e delle*

(1) N. 398, pag. 164.

ipoteche contro i terzi possessori. Ora l'articolo 2234, che è il primo sotto detta Sezione quarta, stabilisce che i creditori aventi *privilegio od ipoteca inscritta* sopra uno stabile prima della trascrizione ritengono sopra di esso le loro ragioni, ancorchè lo stabile passi in altro possessore. Dispone inoltre l'art. 2236, che il terzo possessore, il quale non adempì alle formalità prescritte nella Sezione terza per rendere libera la sua proprietà, è tenuto o a pagare al creditore tutti i capitali esigibili e loro accessorj *assicurati mediante inscrizione*, o a dimettere senz'alcuna riserva l'immobile soggetto a privilegio od ipoteca. Stabilisce finalmente l'articolo 2237, che tralasciando il terzo possessore di soddisfare pienameute ad una di queste obbligazioni indicate nell'antecedente articolo 2236, qualunque creditore, avente *privilegio od ipoteca inscritta* anteriormente alla trascrizione, è in diritto di procedere contro di lui a norma del disposto dal Codice di Procedura Civile nel Titolo *dell'azione ipotecaria.* A queste disposizioni della Sezione quarta, che regola e determina gli effetti de' privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori; non è fatta dal Codice di Modena alcuna eccezione in favore dei privilegi generali dell'articolo 2123, non ostante che sieno questi in faccia ai creditori dispensati in grazia dell'articolo 2147 dalla formalità della inscrizione. Anche l'articolo 2223, che è sotto la Sezione terza, la quale tratta *del modo di rendere libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche*, dispone, che entro il termine di giorni trenta dalle citazioni fatte dal terzo possessore, che vuole liberare dai privilegi e dalle ipoteche i beni da esso acquistati, ai singoli creditori privilegiati ed ipotecarj inscritti sullo stabile in purgazione, qualunque creditore, *di cui è inscritto* il titolo, ed il suo fidejussore, possono dimandare che lo stabile sia posto in vendita all'asta pubblica. Si può dunque stabilire con tutta certezza che nessun creditore, che non abbia un titolo inscritto, o sia ipotecario, o privilegiato, può esercitare diritti e muovere azioni contro i terzi possessori.

Articolo 2108.

Il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo in tutto o in parte; per tale effetto, la trascrizione del contratto fatta dal compratore terrà luogo d' inscrizione per il venditore e per quello che avrà somministrato il danaro pagato, e che in forza del medesimo contratto subentrerà nelle ragioni del venditore: ciò non ostante il Conservatore delle ipoteche sarà tenuto, sotto pena di tutti i danni ed interessi verso i terzi, di fare *ex officio* l' inscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall' atto di alienazione, tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui si è somministrato il danaro, i quali potranno pure far seguire la trascrizione del contratto di vendita, ove non fosse stata fatta, affine di acquistare l' inscrizione di quanto resta loro dovuto sul prezzo.

405. Secondo la famosa Legge 11 brumaio, anno 7, di cui altra volta abbiamo fatto menzione (1), il contratto di vendita, sebbene perfetto tra le parti mediante il reciproco consenso sulla cosa e sul prezzo, non trasferiva la proprietà nel compratore, se il contratto stesso non era trascritto all' Uffizio di Conservazione delle Ipoteche. Prima di questa trascrizione, la vendita in faccia ai terzi non avea alcun effetto legale, il compratore non acquistava alcun diritto di proprietà sulla cosa comprata, e il venditore, che non ostante la vendita fatta ne rimaneva il proprietario, poteva di nuovo alienarla o darla in ipoteca. Solamente dal giorno della fatta trascrizione passava della cosa alienata

(1) N. 380, pag. 117.

il dominio dal venditore nel compratore, ed era quindi la trascrizione una formalità necessaria alla trasmissione della proprietà. L'articolo 28 della citata Legge 11 brumaio era concepito in questo senso: « La transcription prescrite par l'art. 26 transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble, mais avec les charges et hypothèques dont cet immeuble était grevé. » Fatta la trascrizione, il venditore, che avea perduto il dominio, acquistava un privilegio sull'immobile alienato, se il prezzo eragli dovuto o in tutto o in parte, e il compratore divenuto proprietario poteva in faccia a chiunque esercitare i diritti derivanti dal gius di dominio. Ma la trascrizione che spogliava il venditore della proprietà della cosa venduta investendone il compratore, recava d'altra parte il vantaggio al venditore di conservargli il suo privilegio, non volendo la legge che il venditore fosse obbligato a dare pubblicità al suo credito privilegiato dipendente dal contratto di vendita reso pubblico mediante la trascrizione, la quale non era che una letterale ricopiatura del contratto stesso sui registri ipotecarj. Quindi è che il giorno stesso in cui il compratore mediante la trascrizione acquistava il dominio della cosa comprata, e la facoltà di disporne come di cosa sua, e di costituirvi sopra ipoteche, il privilegio del venditore rimasto creditore del prezzo in tutto o in parte era conservato per opera della stessa trascrizione. E così i terzi, a cui dal compratore era dato in ipoteca il fondo comprato, non erano mai tratti in inganno, non potendo essi acquistare efficace ipoteca sul fondo, se non dopo la trascrizione, che avea forza ad un tempo di trasmettere la proprietà nel compratore, e di conservare il privilegio al venditore competente.

Questo sistema non fu, come altra volta avvertimmo (1), abbracciato dal Codice Napoleone, secondo il quale la trascrizione del contratto non è più necessaria alla trasmissione della proprietà nel compratore, il quale diviene padrone della cosa comprata anche in faccia ai terzi il giorno stesso del contratto di vendita stipulato per atto autentico o per iscrittura privata avente data certa. Perciò mentre il citato articolo 28 della Legge 11 brumaio anno 7 dichiarava che la trascrizione trasmette all'acquirente i diritti di proprietà che il venditore avea sull'im-

(1) N. 380, pag. 121.

mobile, ma coi carichi ed ipoteche di cui l'immobile stesso era gravato; gli articoli 2181 e 2182 del Codice Napoleone concepiti in diverso senso stabiliscono, che i contratti, *che trasferiscono la proprietà degl' immobili o dei diritti reali immobiliari* che il terzo possessore vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche, saranno trascritti per intero dal Conservatore delle ipoteche nel cui circondario i beni si trovano; che la semplice trascrizione *dei titoli translativi di dominio* sopra il registro del Conservatore non libera l'immobile dai privilegi e dalle ipoteche sopra di esso esistenti; e che il venditore trasferisce soltanto nell'acquirente la proprietà e le ragioni che egli avea sulla cosa venduta, con i medesimi privilegi ed ipoteche di cui era gravata. Dai quali due articoli risulta chiaramente che non la trascrizione, ma il contratto stesso di vendita trasferisce la proprietà nel compratore, e che la trascrizione è semplicemente una formalità del giudizio di purgazione. Infatti il Merlin (1) definisce la trascrizione: « c'est la première des formalités à remplir de la part de l'acquéreur volontaire qui veut purger l'immeuble acquis des hypothèques dont il est grevé. »

La trascrizione secondo la Legge 11 brumaio era pel compratore un atto necessario, siccome quello dal quale dipendeva l'acquisto della proprietà. Secondo il nuovo sistema adottato dal Codice Napoleone la trascrizione è un atto puramente volontario, come è atto volontario il giudizio di purgazione, di cui la trascrizione è la prima formalità. Se un acquirente vorrà liberare dai privilegi e dalle ipoteche il fondo acquistato, dovrà certamente fare la trascrizione per intero sopra i registri ipotecarj del suo contratto, essendo la trascrizione il primo passo che deve fare il terzo possessore che si accinge al giudizio di purgazione. Ma essendo libera la facoltà di fare la purgazione del fondo, la ommissione della quale espone semplicemente il terzo possessore alle conseguenze indicate nel capitolo sesto, che tratta appunto *dell' effetto de' privilegi e delle ipoteche contro i terzi possessori*, libera è altresì la facoltà di fare la trascrizione del contratto (2). Il compratore che non vuol fare il giudizio di purgazione non ha alcun obbligo di fare la trascrizione del contratto, ed è perciò chiaramente detto nell'articolo 2181

(1) Répertoire de Jurisp., alla parola *Transcription*.

(2) Merlin, Répert., Transcription, § 2, n. 3.

che saranno trascritti per intero dal Conservatore delle ipoteche i contratti che trasferiscono la proprietà degl'immobili, che il terzo possessore *vorrà* liberare dai privilegi e dalle ipoteche. Ecco dunque a che è ridotta secondo le massime del Codice di Napoleone la trascrizione dei contratti di alienazione degli immobili: ad una pura formalità del giudizio di purgazione.

406. La trascrizione, come si è accennato, secondo la Legge 11 brumaio giovava nello stesso tempo a due interessi, all'interesse del compratore, che da essa ripeteva l'acquisto della proprietà dell'immobile comprato, e all'interesse altresì del venditore non soddisfatto del prezzo, il cui privilegio era *ipso jure* conservato per opera della stessa trascrizione che avea investito del dominio il compratore. Il Codice Napoleone ha tolto sgraziatamente alla trascrizione il primo effetto, il più importante, quello cioè di trasmettere la proprietà nel compratore, ma ha lasciato alla trascrizione la forza di conservare il privilegio del venditore, il quale è dispensato dalla inscrizione, qualunque volta sia fatta dal compratore la trascrizione del titolo, dal quale si provi essere allo stesso venditore dovuto il prezzo in tutto o in parte.

La Legge 11 brumaio non assegnava alcun termine al compratore per fare la trascrizione del suo contratto, ma da ciò nessun pericolo o pregiudizio poteva derivare ai terzi. Imperocchè, essendo la trascrizione il punto dal quale la vendita operava la trasmissione della proprietà, il privilegio del venditore era conosciuto dai terzi e conservato efficacemente nello stesso momento, in cui il compratore avea acquistato col gius di proprietà il diritto d'ipotecare l'immobile. E però nessuno dei creditori del compratore, ai quali era dato in ipoteca il fondo comprato, poteva essere ingannato, e aver ragione di dolersi del privilegio del venditore. Il Codice Napoleone imitando la Legge 11 brumaio non ha voluto assegnare alcun tempo entro il quale si debba fare dal compratore la trascrizione che conserva il privilegio del venditore, e finchè il fondo venduto si trova nelle mani del compratore, il privilegio del venditore può rimanere occulto, ed essere efficacemente conservato mediante la trascrizione fatta 10 o 20 anni dopo il contratto d'acquisto. Tizio vende a Cajo il fondo A rimanendo creditore di una parte del prezzo. Cajo compratore ipoteca a diversi creditori il fondo acquistato, i quali fanno in-

scrivere le rispettive ipoteche, le quali assorbono quasi interamente il prezzo del fondo. Venti anni dopo che Cajo è in possesso del fondo, o Cajo o lo stesso venditore fanno la trascrizione del rogito di vendita, e da quel momento si rende noto al pubblico il privilegio del venditore Tizio, che vince tutte le ipoteche consentite dal compratore anteriormente inscritte. Che giova ai creditori di Cajo anteriormente inscritti la serotina pubblicità data al privilegio di Tizio venditore, se questi come creditore privilegiato, il cui privilegio fu debitamente conservato mediante la trascrizione, ha in ogni caso il diritto di essere a loro preferito, non ostante il lungo tempo trascorso dal contratto di vendita alla trascrizione? Può imaginarsi sistema più fallace e dannoso di questo? Vuole la legge che i privilegi sopra gl' immobili non abbiano effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione sui registri del Conservatore delle ipoteche, e poi dispensa dalla inscrizione il venditore dichiarando che terrà luogo per lui d'inscrizione la trascrizione del contratto fatta dal compratore. Se la trascrizione fosse sotto il Codice Napoleone una formalità da compiersi necessariamente dal compratore, come lo era appunto sotto la Legge 11 brumaio, nulla di più equo che dispensare dall'obbligo della inscrizione il venditore, il cui credito risultante dal contratto di vendita sarebbe già reso pubblico colla trascrizione. Ma essendo sotto il Codice Napoleone la trascrizione una formalità libera e volontaria, che il compratore può compiere quando più gli piace ed anche dopo un lungo corso d'anni dal suo contratto, il dichiarare che la trascrizione fatta dal compratore terrà luogo d'iscrizione per il venditore è un fallire allo scopo a cui mira il sistema della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche. Qual vita può avere sotto questo sistema il credito fondiario? Chi vorrà col pericolo di essere vinto da un privilegio che può comparire in iscena da un momento all'altro avventurare i proprj capitali sotto la garanzia di una ipoteca, che non può offrire sicurezza? A ragione il Troplong (1) biasima la bizzarria di questo sistema che reca conseguenze affatto contrarie a quelle che il legislatore ha voluto ottenere: « Comment n'a-t-on pas vu qu'en l'autorisant (il privilegio del venditore) à le faire sortir de l'obscurité, après des hypothèques stipulées et inscrites de bonne foi, la confiance était trompée par les pro-

(1) Art. 2108, n. 279.

messes du législateur? Mieux valait ne rien promettre du tout. »
Ed io rimango ben sorpreso che lo stesso Troplong commentando l'articolo 2106 abbia (1) quasi scusato il legislatore di non avere avuto il coraggio di adottare pel venditore ed anche per gli altri privilegi un sistema di pubblicità più completo e più decisivo: « Son idée (l'idea cioè del Codice di assoggettare al sistema della pubblicità tanto i privilegi quanto le ipoteche) était forte, gigantesque même.... la hardiesse de sa pensée a fait faillir son courage, *et il y avait de quoi;* car elle ne pouvait se réaliser sans blesser beaucoup de droits, sans sacrifier arbitrairement *le vendeur et le copartageant* à des créanciers qui, par l'inspection des titres, ont pu connaître l'existence du privilège. » Toccando qui il Troplong degli effetti funesti della pubblicità tardiva dei privilegi accenna a quelli del venditore e dei condividenti; ma rispetto ai condividenti non meritano i Compilatori del Codice Napoleone tutti i rimproveri che si sono giustamente tirati addosso per le ingiustificabili concessioni di cui furono larghi al privilegio del venditore. Imperocchè almeno ai condividenti fu assegnato, come vedremo, il perentorio termine di 60 giorni ad inscrivere il loro privilegio, il quale dopo il detto termine non può più far timore ad alcuna ipoteca anteriormente inscritta; laddove nessun termine fu assegnato al venditore per dare pubblicità al suo privilegio, il quale può essere efficacemente conservato finchè l'immobile trovasi nelle mani dell'acquirente all'insaputa perfino del venditore interessato, mediante la trascrizione del contratto fatta dallo stesso acquirente 20 o 30 anni dopo lo stesso contratto, e una volta reso pubblico, qualunque sia il termine corso dal contratto di vendita alla trascrizione, vince tutte le ipoteche anteriormente inscritte a carico dell'acquirente. Perchè mi dice il Troplong che la arditezza del pensiero del legislatore non potea realizzarsi senza sacrificare arbitrariamente il venditore all'interesse dei creditori che coll'esame del documento, onde l'immobile pervenne al loro debitore, poterono conoscere il privilegio dello stesso venditore? Perchè il legislatore, per conciliare gl'interessi del venditore e dei creditori dell'acquirente, non assegnò un breve termine al venditore ad inscrivere il suo privilegio, uniformandosi al sistema adottato pel privilegio dei coeredi? Perchè i Compilatori del Codice Napoleone vollero ostinatamente

(1) N. 267.

copiare e seguire il sistema della Legge 11 brumaio anno 7, che faceva dipendere la pubblicità del privilegio del venditore dalla trascrizione del contratto fatta dal compratore, dopo avere rigettata la parte più bella e la più importante del sistema della lodata Legge 11 brumaio, la parte cioè che faceva della trascrizione del contratto un atto di assoluta e inevitabile necessità, senza la quale l' acquirente non poteva acquistar mai la proprietà dell'immobile comprato? Non dica dunque il Troplong, quasi scusando il legislatore, che « *la hardiesse de sa pensée a fait faillir son courage, et il y avait de quoi ; car elle ne pouvait se réaliser sans sacrifier arbitrairement le vendeur... à des créanciers qui, par l'inspection des titres, ont pu connaître l'existence du privilège.* Ardito fu il pensiero degli Autori della Legge 11 brumaio, che alle tenebre onde era chiuso ed avvolto l'antico sistema ipotecario ebbero il coraggio e il vanto di sostituire la luce di una completa e perfetta pubblicità. I Compilatori del Codice Napoleone ebbero invece il meschino pensiero, che fatalmente incarnarono, di fare un sistema di transazione tra il vecchio e il nuovo, tra le tenebre e la luce, sistema dall'esperienza di circa un mezzo secolo già giudicato e condannato (1). Che se i creditori del compratore devono, non dai registri ipotecarj, ma dal documento del contratto di vendita rilevare il privilegio del venditore da cui possono essere vinti, perchè allora anche il privilegio del venditore fu assoggettato al sistema della pubblicità? Io credo che il Troplong dovesse, lasciata da parte ogni scusa al legislatore, più francamente profferire le amare parole, onde giustamente si scaglia contro il sistema di pubblicità adottato pei privilegi: « Pourquoi faire tant de fracas d'inscriptions de privilèges, qui ne font rien savoir? » (2) Ma qualunque siano le censure e le critiche che possono con tutta ragione farsi ai Compilatori del Codice Napoleone, è certo che finchè l' immobile venduto trovasi nelle mani del compratore, il privilegio del venditore può essere efficacemente conservato mediante la trascrizione del contratto, e che, qualunque sia il tempo in cui la stessa trascrizione viene eseguita, il privilegio del venditore ha il pieno diritto di essere preferito a tutti i creditori ipotecarj del compratore anteriormente inscritti (3).

(1) Odier, Des Systèm. Hyp., § III, n. 70 e 71.
(2) Art. 2106, n. 267.
(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 210. Troplong, art. 2108, n. 279.

407. Finora abbiamo considerato il venditore in faccia al suo compratore, e in faccia ai creditori ipotecarj di quest'ultimo. Se il primo compratore vende il fondo ad un secondo compratore, il primo venditore, al cui privilegio non fu data pubblicità prima della seconda vendita, potrà dopo questa seconda vendita conservare il suo privilegio facendo trascrivere il suo primo contratto? Tizio vende a Cajo il fondo A rimanendo creditore di una parte del prezzo. Nè Cajo, il quale non pensa di fare il giudizio di purgazione, nè il venditore Tizio fanno la trascrizione del contratto. Dopo cinque o sei anni Cajo primo compratore vende lo stesso fondo A a Sempronio. Tizio primo venditore del fondo A dopo questo secondo contratto, che trasferì il dominio da Cajo in Sempronio, potrà trascrivere efficacemente il suo contratto di vendita fatta a Cajo, e conservare con tale trascrizione il suo privilegio? Dispone l'articolo 2166 che i creditori aventi privilegio od ipoteca inscritta sopra un immobile, ancorchè passi in qualunque altro possessore, ritengono sopra di esso le loro ragioni, per essere collocati e pagati secondo l'ordine dei loro crediti o inscrizioni. E siccome questa massima è stabilita generalmente e senza eccezioni per tutti i privilegi e le ipoteche sottoposte all'obbligo della pubblicità, quindi all'appoggio della medesima la giurisprudenza ha sancito il principio, che secondo la legislazione del Codice Civile l'alienazione di un immobile opera *ipso jure* la purgazione ed estinzione dei privilegi ed ipoteche non inscritte all'epoca della stessa alienazione (1). In conseguenza di questo principio ammesso dalla giurisprudenza il privilegio del venditore primo, a cui non fu data la necessaria pubblicità prima della seconda alienazione fatta dal primo al secondo compratore, rimane perento ed estinto in faccia a chiunque. E così nel caso da noi supposto Tizio non sarebbe in tempo di dare pubblicità al suo privilegio dopo la vendita del fondo A fatta dal primo compratore Cajo al secondo compratore Sempronio, e però il privilegio stesso rimarrebbe estinto e perento in faccia a chiunque, e quindi non solo in faccia al secondo compratore Sempronio e ai creditori di lui, ma in faccia altresì ai creditori inscritti del primo compratore Cajo. Dico *in faccia altresì ai creditori inscritti del primo com-*

(1) Collez. delle Massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 5, pag. 258, Dec. n. 1081 del 5 agosto 1834, Modena con Pellacani.

pratore, perchè un privilegio non conservato è come non esistente, e non può produrre alcun legale effetto (1).

408. Ma a questi principj del Codice Civile ha portato una modificazione di sommo rilievo l' articolo 834 del Codice di Procedura. In forza di quest' articolo, già da noi riportato più sopra (2), l' alienazione di un immobile non opera più di per sè la purgazione ed estinzione dei privilegi e delle ipoteche non inscritte; ma i creditori ipotecarj e privilegiati non inscritti al momento della alienazione possono accendere le rispettive inscrizioni entro quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. E però dalla pubblicazione di quest' articolo 834 del Codice di Procedura la trascrizione dei contratti di alienazione, che prima non figurava nel sistema ipotecario che come preparamento alla purgazione dei fondi dalle ipoteche e dai privilegi, cominciò ad occuparvi un posto importantissimo divenendo la voce di avviso ai creditori non inscritti, onde non tardino a dare mediante una pronta iscrizione legale efficacia ai rispettivi privilegi ed ipoteche. Quindi è che in grazia di quest'articolo 834 del Codice di Procedura il venditore primo non solo potrà render pubblico e così conservare il suo privilegio finchè l' immobile da lui venduto resta nelle mani del suo compratore, ma anche nel caso di una seconda alienazione fatta dal primo compratore ad un secondo potrà dar pubblicità al suo privilegio finchè non è stata fatta la trascrizione del secondo contratto; e quando la trascrizione del sccondo contratto sia eseguita, il primo venditore potrà dar pubblicità al suo privilegio entro quindici giorni dalla stessa trascrizione. Nel caso già detto della vendita del fondo A fatta da Tizio a Cajo, e poscia da Cajo a Sempronio, sotto la legislazione del Codice Civile, dopo la seconda alienazione fatta da Cajo a Sempronio, il primo venditore Tizio non poteva più dare pubblicità al suo privilegio, il quale rimaneva per sempre estinto. Ma dopo la citata disposizione del Codice di Procedura, il primo venditore Tizio può dare pubblicità al suo privilegio e così conservarlo anche dopo la vendita fatta da Cajo a Sempronio finchè non sia stata fatta o da Cajo o da Sempronio la trascrizione del secondo contratto; ed ove questa trascrizione sia eseguita, il primo venditore è in diritto di dar pubblicità al suo privilegio pel

(1) Troplong, art. 2108, n. 279, 280.
(2) N. 398. pag. 160.

credito di residuo prezzo che tiene verso Cajo, durante il periodo di quindici giorni dalla trascrizione del secondo contratto. Che se Tizio primo venditore non si curerà di dar pubblicità al suo privilegio entro quindici giorni dalla trascrizione del secondo contratto di vendita concluso tra Cajo e Sempronio, in questo caso il privilegio di Tizio primo venditore rimarrà per sempre estinto, perchè in forza del citato articolo 834 del Codice di Procedura la trascrizione del contratto di alienazione purga il fondo da tutti i privilegi ed ipoteche non inscritti entro quindici giorni dalla eseguita trascrizione (1).

Si disse (2) che la facoltà lasciata dal Codice Civile al venditore di poter dare pubblicità al suo privilegio senza limitazione di tempo finchè l' immobile è nelle mani del compratore è contraria allo scopo, cui mira il sistema della pubblicità delle ipoteche e dei privilegi, ed alle promesse fatte dal legislatore, ed è grandemente nociva all' interesse dei creditori del compratore, i quali possono rimaner vinti da un privilegio da loro ignorato e reso pubblico posteriormente alle loro inscrizioni dopo un lungo periodo di tempo corso dal contratto di alienazione. Ma almeno il danno si limitava ai creditori del compratore. Il sistema introdotto dal Codice di Procedura coll' articolo 834 è assai peggiore, perchè il danno può colpire non solo i creditori del primo compratore, ma altresì i compratori successivi, ed i creditori dei medesimi. Continuiamo il solito esempio. Tizio vende il fondo A a Cajo restando creditore di una parte del prezzo. Cajo dopo alcuni anni vende lo stesso fondo a Sempronio, il quale non volendo procedere al giudizio di purgazione non si cura di fare la trascrizione del suo contratto. Sempronio dopo qualche tempo vende anch'esso il fondo a Giulio, e nè pur questi fa la trascrizione del contratto. Giulio finalmente vende lo stesso fondo a Cornelio. Ecco dunque un fondo passato da Tizio a Cajo, da Cajo a Sempronio, da Sempronio a Giulio e da Giulio a Cornelio. Siccome nessuno dei detti contratti di alienazione fu trascritto, ed è solo la trascrizione che secondo l' articolo 834 del Codice di Procedura purga gl' immobili dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti, e non più la sola alienazione, come avveniva sotto la legislazione del Codice Civile prima della citata disposizione del Codice di Procedura; così il

(1) Troplong, art. 2108, n. 281. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 210.
(2) N. 406, pag. 172.

privilegio del primo venditore Tizio, a cui non fu ancora pagato da Cajo il residuo prezzo della prima vendita, rimarrà sempre vivo ed integro, finchè non sia legalmente prescritto il credito, e quindi Tizio sarà in tempo di conservarlo e di esercitarlo efficacemente, purchè gli dia pubblicità entro quindici giorni dalla trascrizione dell' ultimo contratto di vendita, onde la proprietà dell' immobile in origine venduto da esso Tizio passò dopo diversi passaggi all' ultimo compratore Cornelio. Quando pertanto Cornelio ultimo compratore farà la trascrizione del suo contratto, l' antico venditore Tizio potrà entro quindici giorni da questa trascrizione comparire in iscena, dare pubblicità al suo privilegio trascrivendo il contratto della prima vendita da esso fatta a Cajo, molestare con azione ipotecaria derivante dal suo privilegio debitamente conservato l' ultimo possessore Cornelio, e vincere tutte le ipoteche anteriormente inscritte, di cui è stato gravato il fondo dai diversi possessori Cajo, Sempronio, Giulio e Cornelio. Chiunque ha fior di senno si persuade di leggieri senza bisogno di alcuna osservazione, che se era cattivo e all' interesse dei creditori del compratore nocevole il sistema del Codice Civile, che lasciava una facoltà illimitata al venditore di dare pubblicità al suo privilegio finchè l' immobile venduto restava nelle mani del suo compratore, peggiore ed anzi pessimo si è quello che è stato introdotto dalla disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura. Ciò confessa anche il Troplong, il quale non esita a dire che l' articolo 834 del Codice di Procedura *est venu empirer à quelques égards un système déjà si infidèle* (quello cioè del Codice Civile) *à son point de départ* (1). Io mi soscrivo pienamente a questa giustissima osservazione del Troplong; ma non posso essere con lui, allora che esaminando in sè stessa e isolatamente dalle altre disposizioni del Codice Civile quella del citato articolo 834 del Codice di Procedura esclama: « Ce n'est pas qu'en elle-même cette disposition me paraisse condamnable; elle est un hommage rendu au droit de propriété du vendeur non payé, droit que les sous-acquéreurs ont pu connaître, et qui ne doit pas être facilement paralysé pour le seul intérêt de dispenser ces acquéreurs de lire leurs actes (2). » Anch'io credo che debba la legge rendere omaggio al diritto sacro della proprietà, ma non

(1) Art. 2108, n. 281.
(2) Art. 2108, n. 281.

credo che l'omaggio si debba spingere al punto da proteggere con grave danno dell'interesse dei terzi la negligenza di un antico proprietario, che convertito volontariamente il gius di dominio in un'azione di credito in forza del contratto di alienazione passò nella classe dei creditori privilegiati sottoposti alla formalità dell'iscrizione. Tengasi dunque per fermo che secondo le massime stabilite dal Codice Civile il venditore può dar pubblicità al suo privilegio e così conservarlo finchè l'immobile venduto è nelle mani del suo compratore immediato o de' suoi eredi, e che nel caso di una seconda o terza vendita il venditore primo deve in grazia dell'articolo 834 del Codice di Procedura dar pubblicità al suo privilegio entro quindici giorni dalla trascrizione del contratto fatta dal secondo o terzo acquirente.

409. Il Persil (1) fa il dubbio, se il venditore abbia l'obbligo di render pubblico il privilegio nel caso di una seconda o terza vendita entro il termine dei 15 giorni prescritto dall'articolo 834 del Codice di Procedura soltanto in faccia al secondo o terzo acquirente, o pure in faccia tanto al secondo o terzo acquirente quanto agli altri creditori inscritti sull'immobile. Rispondendo egli a questo dubbio dice che la legge vuole la pubblicità del privilegio del venditore entro il termine fissato dal detto articolo 834 del Codice di Procedura per l'interesse soltanto del secondo compratore, il quale come abbia conosciuto i pesi che gravano la sua proprietà giudica se gli convenga procedere al giudizio di purgazione, e che la pubblicità data al privilegio del venditore entro il termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo o terzo acquirente non giova ai creditori ipotecarj del primo compratotore, i quali contrattarono già e accettarono l'ipoteca in favor loro costituita dal detto primo acquirente. Conclude pertanto che il primo venditore è tenuto a far pubblico il suo privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta dal secondo o terzo acquirente in faccia soltanto al secondo o terzo acquirente, non punto in faccia agli altri creditori. E per dare maggior forza alla sua opinione dice di più che siccome il venditore in grazia dell'articolo 1654 può intentare l'azione resolutoria, la quale è più dannosa ai creditori che non l'esercizio del privilegio, come quella che rende *ipso jure* irrite e vane le ipoteche consentite dal compratore, a più forte ragione potrà il venditore far uso in faccia

(1) Art. 2108, n. 24.

ai creditori del suo privilegio non ostante che non lo abbia reso pubblico entro il termine dei 15 giorni stabilito dall' articolo 834 del Codice di Procedura.

A me non par difficile la confutazione di questa opinione. Non è vero che la legge abbia richiesta la pubblicità del privilegio del venditore per l' interesse soltanto del secondo compratore che vuol purgare la sua proprietà da ogni privilegio ed ipoteca. A questa dottrina contraddice manifestamente la disposizione dell' articolo 2106, il quale stabilisce che i privilegi sopra gl'immobili non hanno effetto *fra i creditori* se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione. I soli privilegi dispensati dalla inscrizione sono i crediti specificati nell' articolo 2101. Il venditore non è dispensato dalla pubblicità; e l' articolo 2108 prescrive solamente che tiene per lui luogo d' inscrizione la trascrizione del contratto. Io ammetto bene, come altra volta dissi, che il sistema di pubblicità adottato pel privilegio del venditore è ben lontano dall' essere utile ai creditori del compratore; ma il Giureconsulto deve accettare e applicare la legge co' suoi difetti, la responsabilità dei quali ricade sul legislatore. Se il privilegio del venditore non può esercitarsi in faccia ai creditori se non fu reso pubblico, in forza della chiara disposizione dell' articolo 2106, come potrà il primo venditore adempire a questa condizione dopochè il fondo posseduto dal terzo possessore rimase purgato e libero dallo stesso privilegio dopo la scadenza del termine dei 15 giorni dalla trascrizione fatta dallo stesso terzo possessore? E se dopo questa scadenza, e dopo che il fondo rimase purgato dal privilegio, il venditore trovasi nella impossibilità di dargli pubblicità, ossia di vestirlo di quella forma, senza la quale in faccia ai creditori non è esercibile, come potrà il venditore pretendere di ottener grado sul prezzo in faccia ai creditori? La pubblicità data troppo tardi al privilegio del venditore, come avverte con molto acume il Troplong (1), non potendo più imprimere il privilegio sull' immobile che ne rimase libero e purgato, il privilegio stesso non può più avere una reazione sul prezzo. Imperocchè onde il privilegio sussista e possa esercitarsi sul prezzo dell' immobile, è mestieri che siasi staccato dallo stesso immobile pieno e completo, ossia fornito di tutte quelle qualità e condizioni che lo rendono efficacemente esercibile. Non

(1) Art. 2108, n. 279.

vale il dire, come fa il Persil appoggiato all' autorità del Tarrible, che l' azione resolutoria concessa dall' articolo 1654 al venditore non soddisfatto del prezzo è più nociva ai creditori che non l' esercizio del privilegio. L' azione resolutoria e il privilegio sono due diritti talmente fra loro distinti, diversi ed incompatibili, che l' argomento tratto dalla disposizione del citato articolo 1654 non può essere di alcuna forza, anche perchè l'azione resolutoria non fu sottoposta, come i privilegi, al sistema della pubblicità. D' altra parte una semplicissima osservazione basta a mostrare come la disposizione dell' articolo 1654 sia un inutile e vano appoggio alla opinione del Persil. L' azione resolutoria è esercibile non solo in faccia ai creditori del compratore, ma altresì in faccia al terzo possessore, e nullameno il venditore è tenuto in faccia al terzo possessore a dar pubblicità al suo privilegio entro 15 giorni dalla trascrizione fatta da quest' ultimo. Come dunque si può asserire e sostenere che in faccia ai creditori del compratore il venditore non ha bisogno di dar pubblicità al suo privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta dal secondo o terzo acquirente, perchè anche dopo questo termine può esercitare l' azione resolutoria più funesta e nociva ai creditori del semplice esercizio del privilegio? Concludiamo dunque, rigettata la opinione del Persil, e a quella attenendoci del Troplong (1), che quando il venditore non ha data pubblicità al suo privilegio entro il termine di quindici giorni dalla trascrizione del contratto fatta dal secondo acquirente, fissato dall' articolo 834 del Codice di Procedura, perde irrevocabilmente il suo privilegio, in faccia tanto al terzo possessore, quanto ai creditori, e che non potendo dopo la scadenza di detto termine, che purga il fondo dai privilegi e dalle ipoteche non inscritte, giovarsi della disposizione dell' articolo 2113 per aver grado tra i creditori ipotecarj, passa necessariamente nella classe dei creditori chirografarj e deve essere pagato per contributo colla parte del prezzo dell' immobile che può rimanere, soddisfatti i creditori privilegiati ed ipotecarj che conservarono nei modi dalla legge prescritti i loro privilegi ed ipoteche.

410. L' articolo 834 più volte citato del Codice di Procedura, che obbliga i creditori ipotecarj e privilegiati non inscritti anteriormente alla alienazione dell' immobile su cui hanno

(1) Art. 2108, n. 283.

ipoteca o privilegio a far seguire l' inscrizione della loro ipoteca o del loro privilegio entro giorni quindici al più tardi da che fu fatta la trascrizione dell' atto translativo della proprietà, aggiunge la seguente dichiarazione : « *senza pregiudizio degli altri diritti attribuiti al venditore ed agli eredi dagli articoli* 2108 *e* 2109 *del Codice Napoleone.* » Quale è il senso di queste parole? Quale è lo scopo di questa dichiarazione? A me par facile la risposta. L' articolo 834 vuole e comanda che tutti i privilegi, e così anche quello del venditore, al quale limiteremo per ora le nostre osservazioni, siano inscritti entro 15 giorni dalla trascrizione fatta dall' acquirente, ma vuole nello stesso tempo riservati al venditore gli altri diritti che gli accorda l' articolo 2108 del Codice Napoleone. Ora quali sono questi diritti che l' articolo 2108 attribuisce al venditore? L' articolo 2108 null' altro prescrive se non che il venditore, non ostante la regola generale dell' articolo 2106, giusta la quale i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione, conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e che per tale effetto terrà luogo pel venditore d' inscrizione la trascrizione del contratto fatta dal compratore. Secondo adunque quest' articolo del Codice Napoleone la trascrizione è il mezzo onde il venditore conserva il privilegio, e la trascrizione stessa fatta dal compratore fa pel venditore le veci dell' inscrizione. Riservando adunque l' articolo 834 del Codice di Procedura, che obbliga alla inscrizione i privilegi e le ipoteche entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, al venditore i diritti che gli accorda l' articolo 2108 del Codice Napoleone, null' altro vuole con tale riserva se non che la trascrizione del contratto possa conservare il privilegio del venditore e tenere per lui luogo d' inscrizione anche quando sia fatta dal compratore. Quali adunque saranno le conseguenze di questa riserva? Sono diverse le conseguenze di questa riserva secondo che trattasi di esercitare il privilegio in faccia al primo compratore, o pure in faccia ad un secondo o terzo acquirente. Tizio, per tornare all' esempio di cui ci siamo già valsi (1), vende il fondo A a Cajo, e Cajo fa la trascrizione del suo contratto. Entro il ter-

(1) N. 407, pag. 176.

mine di 15 giorni da questa trascrizione Tizio in forza della disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura sarà obbligato ad inscrivere il suo privilegio? No certamente. Imperocchè lo stesso articolo 834, che obbliga i creditori ipotecarj e privilegiati ad inscrivere le loro ipoteche e i loro privilegi entro 15 giorni dalla trascrizione, riserva al venditore i diritti che gli attribuisce l'articolo 2108 del Codice Civile, e quest'articolo dispone appunto in favore del venditore che la trascrizione del contratto fatta dal compratore tiene luogo per lui d'inscrizione. Supponiamo ora il caso di una seconda vendita dello stesso immobile, e così che Cajo primo compratore, il quale non fece punto la trascrizione del suo contratto, venda lo stesso fondo A a Sempronio, e che questi faccia la trascrizione del suo contratto. Tizio primo venditore dovrà inscrivere il suo privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta da Sempronio, o ne sarà dispensato in grazia della riserva fatta a favore del venditore dall'articolo 834 del Codice di Procedura dei diritti a lui derivanti dall'articolo 2108 del Codice Civile? Secondo la chiarissima disposizione dell'articolo 2108 del Codice Civile non qualunque trascrizione di un contratto di alienazione fatta da uno degli acquirenti di un dato immobile conserva il privilegio del venditore, e tiene luogo per lui d'inscrizione, ma soltanto la trascrizione del titolo che ha immediatamente trasferito la proprietà dell'immobile dal venditore nel compratore, e dal quale titolo si provi essere dovuto allo stesso venditore il prezzo in tutto o in parte. Ora nel caso da noi supposto quale è il titolo, dal quale si prova essere dovuto il prezzo al venditore Tizio? Il titolo, dal quale risulta il credito privilegiato di Tizio verso Cajo, è l'atto autentico o la scrittura, mediante cui fu stipulato il contratto di vendita del fondo A fra Tizio e Cajo. Ma l'atto, da cui risulta il secondo contratto di vendita stipulato fra Cajo e Sempronio secondo compratore, come quello che non trasferì la proprietà dell'immobile A in Cajo debitore del prezzo verso Tizio suo venditore, e dal quale non deriva il credito privilegiato di esso Tizio verso Cajo, è estraneo allo stesso Tizio, e però la trascrizione fatta da Sempronio di quest'atto, che fa prova del secondo contratto di vendita, non può per nulla giovare al primo venditore Tizio e non può per lui tener luogo d'inscrizione, il quale per giovarsene non potrebbe invocare la

riserva fatta a favore del venditore dal più volte citato articolo 834 del Codice di Procedura dei diritti a lui derivanti dall'articolo 2108 del Codice Civile. In questo secondo caso adunque, essendo avvenuta una seconda alienazione dell'immobile A in origine venduto da Tizio a Cajo, e il titolo trascritto dal secondo compratore Sempronio non essendo quello a cui accenna l'articolo 2108 del Codice Civile, Tizio primo venditore, che non può giovarsi della riserva fatta a favore del venditore dall'articolo 834 del Codice di Procedura, dovrà entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto stipulato fra Cajo e Sempronio secondo compratore, o inscrivere direttamente il suo privilegio, o fare la trascrizione del suo contratto di alienazione, col quale trasferì la proprietà dell'immobile A in Cajo, e dal quale si prova essergli dovuto o in tutto o in parte il prezzo della vendita fatta al detto Cajo. Dico che Tizio primo venditore dovrà entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto stipulato fra Cajo e Sempronio o inscrivere direttamente il suo privilegio, o fare la trascrizione del suo contratto, col quale trasferì la proprietà del fondo in Cajo primo compratore. Imperocchè dichiarando l'articolo 2108 del Codice Civile che il venditore privilegiato conserva il privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e riservando l'articolo 834 del Codice di Procedura al venditore i diritti che gli derivano dal detto articolo 2108, resta libero il primo venditore Tizio o di inscrivere entro il termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto fatta da Sempronio direttamente il suo privilegio, come prescrive la regola generale del detto articolo 834 per tutti i privilegi e le ipoteche, o pure di conservare il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo ond'esso Tizio trasferì in Cajo la proprietà dell'immobile, facendo così uso della riserva fatta a favore dei venditori dallo stesso articolo 834 dei diritti agli stessi venditori derivanti dall'articolo 2108 del Codice Civile. Ha dunque il venditore dalla riserva fatta a suo favore dall'articolo 834 del Codice di Procedura il vantaggio non piccolo, che quando il suo compratore immediato ha fatta la trascrizione del contratto, o si tratti di vendita unica, o abbiano luogo successivamente altre vendite dello stesso immobile, il venditore stesso, il cui privilegio fu conservato colla trascrizione del titolo dal quale risulta il suo credito privilegiato, non ha

più bisogno d'inscrivere il suo privilegio entro il termine fissato dall'articolo 834 del Codice di Procedura (1). Che se il compratore immediato del venditore non avrà fatta la trascrizione del contratto, e successivamente avranno luogo altre vendite dello stesso immobile, il venditore primo potrà sempre anche senza bisogno d'inscrizione conservare il privilegio facendo la trascrizione del suo contratto, sì veramente che questa sia fatta entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo o terzo compratore (2). Mi pare che questa facile e semplice spiegazione non lasci alcun dubbio sul vero senso da attribuirsi alle parole ultime dell'articolo 834 del Codice di Procedura, colle quali si riservano al venditore i diritti che gli competono in forza dell'articolo 2108 del Codice Civile.

Tuttavia non sono mancati Interpreti, e tra questi è Delvincourt, i quali danno tutt' altra spiegazione alle citate ultime parole dell'articolo 834 del Codice di Procedura, e pensano che l'articolo 834 ha inteso di regolare unicamente l'esercizio dei diritti spettanti ai creditori privilegiati contro i terzi possessori degli immobili gravati, da inscriversi appunto entro 15 giorni dalla trascrizione fatta dagli stessi terzi possessori, e che colle parole *senza pregiudizio* ec., ha voluto riservare al venditore il diritto di conservare il suo privilegio in faccia ai creditori col mezzo della trascrizione presa in un momento qualunque anteriormente però alla graduatoria. Noi abbiamo già qui sopra (3) dimostrato come questa opinione, vittoriosamente combattuta e confutata dal Troplong (4), non sia da seguirsi. Quando il venditore non iscrive il suo privilegio o non trascrive il suo contratto entro il termine dei 15 giorni dalla trascrizione fatta dal terzo possessore, l'immobile gravato rimane in forza dell'articolo 834 del Codice di Procedura libero e purgato dal privilegio; e quindi non si può ammettere nè concepire, che il venditore stesso possa dopo il detto termine dei 15 giorni, ossia dopo che l'immobile rimase purgato dal suo privilegio, dare al privilegio stesso pubblicità o colla iscrizione o colla trascrizione del proprio contratto, per esercitarlo sul prezzo in faccia e in

(1) Troplong, art. 2108, n. 282.
(2) Persil, art. 2108, n. 23.
(3) N. 409, pag. 180.
(4) Art. 2108, n. 282.

concorso degli altri creditori, mancando assolutamente il soggetto, sul quale possa il venditore accendere la inscrizione. Siccome i privilegi sugli immobili non hanno effetto tra i creditori in forza della disposizione dell' articolo 2106 se non in quanto furono resi pubblici colla inscrizione; così passato il tempo in cui il privilegio del venditore poteva radicarsi sull' immobile o colla inscrizione o colla trascrizione che ne tiene le veci, non potrà più esercitarsi sul prezzo e pretender grado tra i creditori. Non può dunque accettarsi la spiegazione data da Delvincourt e da alcuni suoi seguaci alle parole ultime dell' articolo 834 del Codice di Procedura *senza pregiudizio* ec., perchè non può supporsi che la legge abbia voluto riservare al venditore il diritto di esercitare il suo privilegio, sottoposto alla pubblicità, sul prezzo e in concorso dei creditori, dopo che con una inscrizione o trascrizione tardiva non poteva più radicarsi sull' immobile purgato dal terzo possessore col rimedio della trascrizione.

411. Domandano gl' Interpreti: quale è veramente l' atto, la trascrizione del quale conserva il privilegio del venditore? Pareva che le chiare parole dell' articolo 2108 non dovessero dar luogo su questo punto ad alcun dubbio. Imperocchè l' articolo 2108 dice appunto che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che trasferì la proprietà nel compratore, e dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo in tutto o in parte. Le parole di quest' articolo fanno chiaramente conoscere che il venditore conserva il privilegio, quando è trascritto il contratto suo proprio, ossia quel contratto col quale esso venditore trasferì nel compratore, verso cui è rimasto creditore del prezzo, la proprietà dell' immobile venduto. La trascrizione di un contratto che non riguarda il venditore, del cui privilegio si tratta, la trascrizione di un contratto successivo, col quale il primo acquirente trasferì ad un secondo la proprietà dello stesso immobile, non può aver forza di conservare il privilegio del primo venditore, il cui contratto non fu trascritto. Tizio vende il fondo A a Cajo con rogito Notari. La trascrizione di questo rogito conserverà il privilegio del venditore Tizio, perchè è la trascrizione di quell' atto, col quale Tizio alienò la sua proprietà, e la trasferì in Cajo suo immediato compratore. Ma se Cajo rivende lo stesso fondo A a Sempronio con

rogito Silvestri rimanendo creditore di una parte del prezzo, la trascrizione di questo rogito Silvestri conserverà il privilegio di Cajo, ma non avrà forza di conservar quello di Tizio, perchè Tizio primo venditore può solo conservare il suo privilegio colla trascrizione di quell'atto, onde esso Tizio trasferì la proprietà in Cajo, ossia colla trascrizione del rogito Notari. Non ostante che le chiare espressioni dell'articolo 2108 indichino in modo non dubbio e non equivoco, che l'atto, la trascrizione del quale conserva il privilegio del venditore, si è quello col quale il venditore stesso trasferì la proprietà dell'immobile nel suo immediato compratore, si è nullameno fatta la questione, se nel caso di più vendite successive dello stesso immobile la trascrizione dell'ultimo contratto fatta dall' ultimo compratore valga a conservare il privilegio del primo venditore, il cui contratto non fu trascritto. Non sono mancati Interpreti, i quali hanno asserito che nel caso di più vendite dello stesso immobile, la trascrizione dell' ultimo contratto bastar deve a conservare i privilegi dei primi venditori. Il Troplong (1) chiama meritamente irragionevole questa opinione, *cette opinion est déraisonnable,* e riporta un Considerando di un Decreto della Corte di Cassazione del 14 gennaio 1818, il quale dichiara essere regola di diritto fondata sull'articolo 2108 che giova al venditore la trascrizione soltanto del contratto, dal quale risulta il suo credito privilegiato: « Attendu qu'il est de règle, d'après l'art. 2108 du Code civil, que le privilège du vendeur non inscrit ne se conserve que par la transcription du contrat dont il résulte, et non par celle des contrats postérieurs. » Anche il Persil (2) tratta questo punto, che a dir vero a me non pare questionabile, e non esita a dire che quando un ultimo acquirente ha fatto trascrivere il suo contratto senza che le alienazioni antecedenti siano state trascritte, i precedenti venditori non hanno che un mezzo per conservare i loro privilegi, o inscrivere i privilegi stessi, o fare la trascrizione dei rispettivi contratti entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione fatta dall'ultimo acquirente. A fronte della chiarissima disposizione dell'articolo 2108 non so come abbia potuto non che sostenersi, proporsi il dubbio, che venne deciso dalla Corte di Cassazione col citato Decreto.

(1) Art. 2108, n. 284.
(2) Quest. sur les Priv., chap. 6, § 1.—Régime Hyp., art. 2108, n. 2.

Suppongasi che nell' ultimo contratto di vendita si faccia menzione di tutti i venditori antecedenti, dai quali passò mano mano il fondo sino all' ultimo venditore, e che si faccia anche cenno dei loro crediti privilegiati. Potrebbe credersi che almeno in questo caso la trascrizione dell' ultimo contratto fatta dall' ultimo compratore possa bastare a conservare i privilegi degli antecedenti proprietarj, senza bisogno che questi facciano o la inscrizione dei loro privilegi o la trascrizione dei loro rispettivi contratti entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione fatta dall' ultimo compratore. Quando noi nel corso di quest' Opera ci faremo ad esaminare le disposizioni del capitolo ottavo, che tratta *del modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche*, non lascieremo di far parola di due questioni importantissime che si fanno dagli Interpreti; l' una, se il terzo possessore che vuole fare il giudizio di purgazione del fondo acquistato sia tenuto a fare la trascrizione di tutti i contratti degli antecedenti proprietarj; l' altra, se ammessa la necessità della trascrizione dell' ultimo contratto non meno che dei contratti antecedenti, il terzo possessore sia dispensato dal fare la trascrizione dei contratti antecedenti, quando nell' ultimo si trovi la indicazione dei nomi dei diversi antichi proprietarj. Noi ci asteniamo per ora dal manifestare la nostra opinione su questi due punti. Ci basti il notare che il Persil, il quale tiene che la trascrizione dell' ultimo contratto contenente la indicazione dei nomi degli antecedenti proprietarj dispensa l' ultimo possessore dall' obbligo di fare la trascrizione dei contratti anteriori al suo, giudica altresì che la trascrizione dell' ultimo contratto, non ostante che questo contenga la indicazione dei nomi degli antichi proprietarj, purga *ipso jure* il fondo dai privilegi degli antecedenti venditori, se questi entro 15 giorni da questa trascrizione fatta dall' ultimo possessore o non inscrivono i loro privilegi o non fanno la trascrizione dei loro rispettivi contratti (1). Mi pare giustissima la opinione del Persil, perchè dichiarando l' articolo 2108 che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo proprio, ossia del titolo, col quale esso venditore ha trasferito la proprietà nel compratore, la trascrizione dell' ultimo contratto, quantunque in esso siano indicati i nomi degli antichi proprietarj, non potrà

(1) Art. 2181, n. 21.

mai aver forza che di conservare il privilegio dell' ultimo venditore.

412. Da chi dovrà esser fatta la trascrizione del contratto di alienazione, perchè sia conservato il privilegio del venditore? La risposta è semplice. L'articolo 2108 stabilisce che il venditore conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e aggiunge inoltre che la trascrizione del contratto fatta dal compratore terrà luogo d' inscrizione pel venditore. È dunque chiaro che la trascrizione conserva in tutti i casi il privilegio del venditore, o sia fatta dal venditore, o dal compratore. La trascrizione si fa nel più dei casi dal compratore, sì perchè la trascrizione purga l' immobile dalle ipoteche e dai privilegi non inscritti entro 15 giorni dalla medesima, sì perchè secondo l' articolo 2181 il compratore che vuol fare il giudizio di purgazione per liberare il fondo comprato dai privilegi e dalle ipoteche deve cominciare dalla trascrizione del suo contratto, senza la quale il giudizio non può aver principio. Ma se il compratore non fa la trascrizione, è in diritto di farla il venditore, e da qualunque parte questa sia fatta, il privilegio del venditore è conservato (1). E qui è bene l' avvertire che l' articolo 2108 che sottopone al sistema della pubblicità il privilegio del venditore non fa alcuna eccezione, e però chiunque sia il venditore, sebbene appartenga alla classe delle persone tutelate dalla legge, non potrà mai far uso del suo privilegio, se a questo non sia stata data la pubblicità voluta dal legislatore. Mi piace di citare a questo proposito una Decisione del Supremo Consiglio di Modena dell' 11 marzo 1828, la quale dichiarò non solo priva di qualsiasi ombra di ragione, ma altresì assurda la pretesa di una donna, la quale voleva che il suo privilegio pel residuo prezzo di un fondo che essa nell' atto della vendita avea dichiarato dotale, non fosse come legale soggetto all' obbligo della iscrizione. Era veramente assurda una tale pretesa. Imperocchè l' ipoteca legale esente dall' obbligo della iscrizione compete alla donna sui beni del marito, e non può una tale dispensa estendersi ad un diritto di privilegio spettante alla donna su di un fondo, già suo, e da lei medesima alienato (2).

(1) Troplong, art. 2108, n. 285. Persil, art. 2108, n. 1.

(2) Collez. delle massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 3, pag. 25, dec. 611.

413. Dispone l' articolo 1582 che la vendita può essere fatta tanto per atto autentico, come per iscrittura privata. Si è fatto perciò il dubbio, se una scrittura privata di vendita possa essere efficacemente trascritta, onde il privilegio sia conservato dal venditore. Siccome l'articolo 2108 si limita a dichiarare che il venditore conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, potendo questo titolo essere un atto autentico o una scrittura privata giusta la disposizione del citato articolo 1582, è chiaro che si potrà fare la trascrizione tanto degli atti autentici quanto delle scritture private, e che nell' un caso come nell' altro il privilegio del venditore sarà conservato (1). Ad ogni modo questo dubbio, se pure era dubbio, fu tolto da un Parere del Consiglio di Stato del 12 fiorile anno XIII, di cui giova riportar le parole:

« Il Consiglio di Stato, il quale dietro alla trasmissione fatta da S. M. l' Imperatore ha inteso il Rapporto delle Sezioni di Legislazione e delle Finanze sopra quello del Gran-Giudice Ministro della Giustizia, relativo alla questione di sapere, se si può validamente trascrivere, per purgare le ipoteche, le vendite fatte per via di atti sotto firma privata, debitamente registrati, ma le cui firme non sono state legalizzate da notajo o per via di sentenza;

» Vista la Legge degli 11 brumaio anno VII sopra il Regime Ipotecario, ed il titolo del Codice Civile sopra i privilegi e le ipoteche;

» Considerando che nessuna disposizione precisa proibisce che un atto di vendita sotto firma privata, munito delle formalità della registrazione, sia trascritto sopra i registri del Conservatore delle Ipoteche; che cotesta trascrizione non ha altro effetto se non se quello di annunziare alle persone interessate, che la proprietà d' uno stabile è passata da una mano in un' altra, e che non vi sarebbe motivo per proibire gli avvisi del cambiamento che fosse stato fatto per via di atto sotto firma privata, quand' egli è lecito di alienare in questa guisa;

» Che non si può dedurre nessuna contraria induzione da ciò che l' inscrizione fatta affine d' acquistare ipoteca, non può aver luogo che in vista di copia autentica della sentenza o dell' atto che costituisce l' ipoteca, perchè infatti essa non può essere costituita che per via di atto autentico;

(1) Persil, art. 2108, n. 1.

» Che finalmente, quando fu discusso il titolo del Codice Civile dei Privilegi e delle Ipoteche fu proposta la questione nel Consiglio di Stato, e ch' egli parve così evidente che si poteva trascrivere un atto di vendita sotto firma privata debitamente registrato, che fu stimato superfluo di fare una disposizione che permettesse ciò, come ognuno può essere convinto per via della lettura del processo verbale, seduta del 10 ventoso anno XII;

» È di parere che gli atti di vendita sotto firma privata e registrati possono essere presentati alla trascrizione (1). »

414. Secondo la regola generale dell' articolo 2106 comune a tutti i privilegi, e alla quale sono sottoposti perfino, come vedremo, i creditori e i legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione. Da questa formalità sono eccettuati soltanto i crediti specificati nell' articolo 2101. Anche il venditore è dispensato dall' obbligo dell' inscrizione, ma la sua dispensa non è assoluta come quella accordata dalla legge ai privilegi generali dell' articolo 2101. La legge permette soltanto al venditore di poter conservare il suo privilegio mediante la trascrizione del contratto, dichiarando che questa terrà luogo per lui d' inscrizione quand' anche sia fatta dal compratore. Allorchè dunque il compratore non avrà fatta la trascrizione del suo contratto, il venditore potrà a sua scelta o giovarsi della eccezione introdotta in favor suo dall' articolo 2108 conservando il privilegio mediante la trascrizione del contratto, o uniformandosi alla regola generale stabilita per tutti i privilegi dall' articolo 2106 inscrivere direttamente il privilegio. Imperocchè la legge dispensa il venditore dalla formalità della inscrizione sì veramente che sia fatta da esso o dal compratore la trascrizione del contratto. Quando pertanto non sarà stata fatta dal compratore la trascrizione, e il venditore non vorrà farla dal canto suo, in questo caso potrà e dovrà fare la inscrizione del suo privilegio entro il termine dei 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo acquirente. E la inscrizione potrà accendersi dal venditore, sia che il contratto risulti da atto autentico, o da scrittura privata. Imperocchè l' autenticità dell' atto se deve essere il fondamento di una inscri-

(1) Bollettino delle Leggi, Decreti Imperiali e Deliberazioni della Giunta di Toscana, vol. 7, pag. 451.

zione ipotecaria, quando trattasi d'ipoteca convenzionale, come dispone l'articolo 2127, non è punto richiesta nel caso della inscrizione dei privilegi, come quelli che sono attribuiti alla qualità dei crediti senza alcun riguardo alla forma degli atti. D'altra parte, se la trascrizione, la quale tiene luogo pel venditore d'inscrizione, è permessa, come si disse (1), anche quando il contratto di vendita risulta da privata scrittura, se anche in questo caso il Conservatore, come diremo, è tenuto di fare *ex officio* la inscrizione del privilegio del venditore, per la stessa ragione potrà anche il venditore direttamente inscrivere il suo privilegio all'appoggio di una privata scrittura (2).

415. Abbiamo detto (3) che il venditore, per conservare il privilegio, quando non sia stata fatta la trascrizione dal suo compratore, deve o inscriverlo, o trascrivere il suo contratto entro 15 giorni dalla trascrizione fatta dal secondo acquirente, e ciò perchè in forza dell'articolo 834 del Codice di Procedura la trascrizione fatta dal terzo possessore purga *ipso jure* il fondo dai privilegi e dalle ipoteche non iscritte entro il termine di 15 giorni (4). Qui si può domandare, se la trascrizione del terzo possessore, onde produrre questo effetto importantissimo di purgare il fondo dalle ipoteche e dai privilegi non iscritti entro 15 giorni, debba essere fatta per intero, o possa anche bastare una trascrizione fatta semplicemente per estratto; ossia, per limitare la questione al caso del privilegio del venditore, se scorso il termine di 15 giorni dalla trascrizione, fatta per estratto da un terzo possessore, il privilegio del venditore rimarrà perento e il fondo purgato, o potrà il venditore inscrivere il suo privilegio o trascrivere il suo contratto, come se la trascrizione per estratto non fosse stata fatta dal terzo possessore. L'articolo 834 del Codice di Procedura non fa altro che dare a quella stessa trascrizione, che secondo le massime del Codice Civile non era che il preparamento del giudizio di purgazione, la forza ed efficacia di purgare i fondi dalle ipoteche e privilegi non iscritti entro 15 giorni dalla medesima. Stabilisce infatti il detto articolo che i

(1) N. 413, pag. 191.
(2) Troplong, art. 2108, n. 285 bis. Persil, art. 2108, n. 5 e 6. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 207.
(3) N. 414, pag. 192.
(4) Persil, art. 2108, n. 2.

creditori non iscritti anteriormente alla alienazione non saranno ammessi a domandare che vengano i beni alienati posti all'incanto, *di conformità al disposto nel capo* 8 *del titolo* 18 *del Codice Napoleone,* se non giustificheranno di aver fatto seguire l'iscrizione della loro ipoteca o del loro privilegio entro giorni 15 da che fu fatta la trascrizione dell'atto traslativo della proprietà. La trascrizione adunque, di cui parla il detto articolo 834, è quella che trovasi prescritta nell'articolo 2181 del Codice Civile, che è il primo degli articoli contenuti sotto il capitolo 8, che tratta *del modo di render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche,* e al quale accenna il detto articolo 834 del Codice di Procedura. Se pertanto secondo la disposizione del detto articolo 834 del Codice di Procedura il vigore di arrestare il corso, dopo i successivi giorni 15, delle ipotecarie iscrizioni fu attribuito alla trascrizione contemplata dall'articolo 2181 del Codice Civile; se questo articolo dispone letteralmente ed imperativamente che la trascrizione si debba fare *per intero;* se a fronte di tale precisa disposizione non può per le note regole di ragione e di diritto distruggersi la legge, ammettendo degli equipollenti, è forza il concludere che la trascrizione per estratto fatta eseguire dal terzo possessore non potrà mai aver forza di fermare a pregiudizio dei creditori il corso delle iscrizioni ipotecarie. Un atto di tanta importanza, quale si è la trascrizione, la quale se da un lato serve di avviso ai creditori onde provvedano alla conservazione delle loro ipoteche e dei loro privilegi, tronca dall'altro ed estingue gli stessi privilegi ed ipoteche a danno dei creditori che non furono pronti a conservarli nel termine stabilito, un atto, dissi, di tanta importanza deve essere eseguito in quella forma in tutte le sue parti compiuta e perfetta che fu determinata dal legislatore. Anche la Decisione altra volta citata (1) del Supremo Consiglio di Modena del 5 agosto 1834 Modena con Pellacani stabilì che la trascrizione per estratto non impedisce le iscrizioni relative ad ipoteche anteriori all'alienazione del fondo. E noi pure, forti altresì dell'appoggio di questa Decisione, rispondendo al proposto quesito diremo che la trascrizione fatta per estratto dal terzo possessore non può impedire i venditori antecedenti dall'iscrivere i loro privilegi, o dal trascrivere i loro contratti scorso anche il termine dei 15 giorni, essendo alla sola trascrizione fatta

(1) N. 407, pag. 176, nella nota.

per intero attribuita la efficacia di purgare i fondi dalle ipoteche e dai privilegi non iscritti entro i 15 giorni dalla stessa trascrizione.

416. Diremo ora dell' iscrizione *ex officio* da farsi dal Conservatore delle Ipoteche del privilegio del venditore.

Il modo comune ed ordinario, onde si dà pubblicità ai privilegi, si è la inscrizione, come chiaramente risulta dal più volte citato articolo 2106, secondo il quale i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione sui registri del Conservatore delle Ipoteche. Nè da questa maniera di pubblicità stabilita pei privilegi si allontanò il Codice Napoleone riguardo al privilegio del venditore. Imperocchè, sebbene l'articolo 2108 disponga che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che trasferì la proprietà nel compratore, e che la trascrizione del contratto fatta dal compratore terrà luogo d' iscrizione per il venditore e per quello che avrà somministrato il danaro pagato; ciò nullameno lo stesso articolo 2108 soggiugne che il Conservatore sarà tenuto di *fare ex officio* l' inscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall'atto di alienazione, tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui fu somministrato il danaro. Non è dunque il privilegio del venditore dispensato dall'obbligo della iscrizione, come ne sono eccettuati dall' articolo 2107 i privilegi generali, nè è prescritta al privilegio del venditore una maniera di pubblicità diversa dall' iscrizione. Vuole l'articolo 2108 che anche il privilegio del venditore sia reso pubblico colla iscrizione; e avendo dispensato il venditore stesso dall' obbligo di eseguirla qualunque volta sia stata fatta la trascrizione del contratto di vendita, addossa il peso della esecuzione della iscrizione stessa al Conservatore, il quale diviene per volontà di legge, come giustamente avverte il Persil (1), il mandatario legale e forzato dello stesso venditore. E così il privilegio del venditore dovrà sempre essere iscritto, o direttamente dal venditore, se non fu fatta nè da esso nè dal compratore la trascrizione del contratto, o *ex officio* dal Conservatore se il contratto fu trascritto all'Uffizio delle Ipoteche. Non bastò alla legge la pubblicità data al contratto di vendita e quindi al credito privilegiato del venditore mediante la trascrizione. Perchè il registro delle iscri-

(1) Persil, art. 2108, n. 5.

zioni fosse completo, e il certificato domandato dai terzi delle iscrizioni accese su un dato fondo potesse mostrare tutti gli oneri di cui il medesimo è gravato, il legislatore volle che ad onta della eseguita trascrizione del contratto, il privilegio del venditore figurar dovesse sul registro delle iscrizioni, e però impose al Conservatore il dovere di fare *ex officio* la iscrizione del credito privilegiato del venditore o di chi subentrò nelle ragioni di lui risultante dall' atto, di cui fu fatta la trascrizione.

Sebbene il Conservatore sia tenuto di fare *ex officio* la inscrizione sui suoi registri del privilegio del venditore, non deve però credersi che nuoca al venditore la omissione del Conservatore. Imperocchè il venditore dal canto suo conserva il privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e l'articolo 2108 dichiara perfino che la trascrizione del contratto fatta dal compratore terrà luogo d' iscrizione pel venditore. Se la omissione del Conservatore di adempiere all'impostogli dovere tornasse in pregiudizio del venditore, non sarebbe più vero che il venditore conserva il privilegio mediante la trascrizione, e il Conservatore dovrebbe essere allora tenuto ai danni ed interessi verso lo stesso venditore, e non verso i terzi, come dichiara l' articolo 2108, i quali avrebbero anzi vantaggio dalla omissione del Conservatore. Questa responsabilità che la legge addossa al Conservatore in faccia ai terzi, prova con tutta evidenza che la omissione del Conservatore non può pregiudicare mai al venditore, il cui privilegio fu conservato dalla trascrizione. Che se l' omissione assoluta del Conservatore d' iscrivere il privilegio del venditore non nuoce al venditore, pel quale la trascrizione tiene luogo d'iscrizione, molto meno può nuocere al venditore un errore qualunque commesso dal Conservatore nella iscrizione presa *ex officio*. Il venditore è assolutamente estraneo all'iscrizione che *ex officio* deve fare il Conservatore, e l' omissione assoluta o l' errore qualunque della iscrizione accesa *ex officio* non può nuocere che ai terzi, verso i quali il Conservatore è tenuto all' emenda dei danni ed interessi (1). Quest' obbligo del Conservatore di risarcire il danno, di cui furono cagione ai terzi la sua negligenza o i commessi errori, è una pena impostagli dalla espressa disposizione dell' articolo 2108, ed è altresì una conse-

(1) Persil, art. 2108, n. 10, e 11. Questions sur les Priv., chap. 6, § 5, n. 1 e 2.

guenza dei principj stabiliti cogli articoli 1382 e 1383, i quali dispongono, che qualunque fatto dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno, e che ognuno è risponsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza.

Avverte però il Troplong (1) che assai di rado sarà in faccia ai terzi compromessa la responsabilità del Conservatore in quanto che la omissione della iscrizione può difficilmente recare ai terzi un danno irreparabile, i quali possono esaminando i registri delle trascrizioni venire informati dell' esistenza del privilegio del venditore. Io non sono di quest' avviso. È il registro delle iscrizioni quello che è destinato ad illuminare i terzi sulla esistenza dei pesi ipotecarj che gravano i beni immobili, e ciò è sì vero che non contenta la legge della trascrizione fatta dal compratore o dal venditore, vuole la iscrizione *ex officio* del privilegio del venditore. Se il Conservatore per sottrarsi alla responsabilità dell'emenda dei danni fosse in diritto di opporre ai terzi che essi potevano schivare il danno, e venire in cognizione del privilegio del venditore guardando i registri delle trascrizioni, io dimando: in qual caso il Conservatore sarebbe tenuto verso i terzi all'emenda dei danni? La responsabilità sua in faccia ai terzi sarebbe una burla. La legge vuole la iscrizione *ex officio* per ciò solo che i terzi volendo conoscere i pesi ipotecarj, di cui è gravato un immobile, non sono tenuti a consultare i registri delle trascrizioni, ma sì bene quelli soltanto delle iscrizioni (2).

417. La legge non assegna alcun termine al Conservatore a fare l' iscrizione *ex officio* del privilegio del venditore, e spiegando il Troplong (3) il perchè di questo silenzio del legislatore, dice: « c'est *probablement* que le législateur a entendu que le conservateur prendrait inscription aussitôt après la transcription. » Io penso che si debba anzi tenere con tutta certezza, e non già *probabilmente,* che il legislatore ha voluto che la iscrizione *ex officio* sia fatta immediatamente dopo la trascrizione. Infatti le obbligazioni, o nascano dalla legge o dal consenso dei contraenti, sono o pure, o condizionali, o a tempo, ed è principio

(1) Art. 2108, n, 286.
(2) Persil, art. 2108, n. 10.
(3) Art. 2108, n. 286.

non controverso di Giurisprudenza che le obbligazioni pure devono essere immediatamente eseguite (1), perchè nelle obbligazioni pure *et cessit et venit dies,* come dice la L. 213, D. *De verb. sign.*, a differenza delle obbligazioni a tempo nelle quali *cessit dies*, *sed nondum venit.* Anche l'articolo 1185 del Codice Napoleone dichiara che il termine apposto alle obbligazioni, sebbene non sospenda la obbligazione, ne ritarda l'esecuzione. Non potrà dunque essere ritardata l'obbligazione imposta senza alcun termine. E però si può tenere con tutta certezza che il Conservatore, al quale non fu assegnato alcun termine, dovrà immediatamente fare *ex officio* la iscrizione del credito del venditore risultante dall'atto, di cui o dal venditore o dal compratore fu fatta la trascrizione. Che se il ritardo del Conservatore nell'eseguire la iscrizione avrà cagionato danno ai terzi, questi avranno tutto il diritto di ripetere da lui l'emenda dei danni, perchè il ritardo equivale alla omissione assoluta rispetto a quelli che contrattarono con un acquirente, di cui era stato trascritto il contratto, sulla fede di un certificato dell'Uffizio delle Ipoteche, nel quale non figurava il privilegio del venditore non peranche iscritto *ex officio* dal Conservatore (2). Se il Conservatore è risponsabile in faccia ai terzi della omissione, deve esserlo altresì del ritardo nella esecuzione della iscrizione *ex officio* destinata a far conoscere ai terzi il privilegio del venditore, tanto più che l'articolo 1146 dispone in termini assoluti che i danni ed interessi sono dovuti quando il debitore è in mora ad eseguire la sua obbligazione.

418. Dice il Persil (3) che il Conservatore potrà dispensarsi, senza compromettere la sua responsabilità, dall'obbligo di fare *ex officio* la iscrizione del privilegio del venditore, quando il compratore che fa la trascrizione giustifichi con documenti autentici il pagamento del credito intero del venditore. Io penso diversamente. Comanda la legge in termini assoluti e senza eccezioni e restrizioni che il Conservatore delle Ipoteche faccia *ex officio* l'inscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall'atto di alienazione. Nulla può dispensarlo dall'adempimento di questo dovere. Egli non deve fare l'economo delle parti interessate, deve

(1) Vinnii Instit., lib. 3, tit. 16, § 2.
(2) Persil, art. 2108, n. 18.
(3) Art. 2108, n. 12.

ubbidire rigorosamente alla legge, e il compratore penserà a domandare la cancellazione dell' iscrizione accesa *ex officio* nel modo stabilito dal capitolo quinto, che tratta appunto *Della cancellazione e della riduzione delle iscrizioni*. E tanto più mi confermo in questa opinione, in quanto che secondo l'articolo 2158, che trovasi sotto il detto capitolo quinto, non basta che coloro i quali domandano la cancellazione delle iscrizioni, provino di avere pagato il debito, ma devono depositare all' Ufficio del Conservatore copia dell' atto autentico contenente il consenso prestato dal creditore, o copia della sentenza che ordina la cancellazione. È verissimo che quando il credito del venditore fu soddisfatto, non avverrà che il Conservatore si trovi esposto al pericolo dell'emenda dei danni verso i terzi; ma sarà sempre vero che egli mancò al dover suo, ed interessa all' ordine pubblico che i pubblici Impiegati s' attengano rigorosamente alla legge, di cui devono essere scrupolosi osservatori.

419. Dispone l'articolo 2154 che le iscrizioni conservano l' ipoteca ed il privilegio per il corso di dieci anni, dal giorno della loro data, e che cessa il loro effetto, se prima della scadenza di detto termine non si sono rinnovate. Era nato perciò il dubbio, se la iscrizione del privilegio del venditore accesa *ex officio* dal Conservatore dovea anch' essa essere rinnovata, e da chi (1). Ma siccome questo punto è stato deciso dal Consiglio di Stato con Parere del 22 gennaio 1808, così ci limiteremo a riportare le parole del detto Parere:

« L' articolo 2108 porta, che la trascrizione del contratto fatta dal compratore tien luogo d' iscrizione per il venditore; il medesimo articolo incarica il Conservatore di fare *ex officio* l'iscrizione nel suo registro. La ragione è sensibile. Il Conservatore ritrova nell' atto di vendita che gli si presenta tutti gli elementi della nota che un creditore ordinario deve somministrare per fare inscrivere il suo titolo. Il Conservatore ha dunque sotto gli occhi tutto ciò che egli può desiderare per essere in stato d' inscrivere il credito del venditore. La legge l'obbliga a questa iscrizione senza che sia necessario di fargli per questo motivo una particolare istanza. La presentazione dell' atto alla trascrizione equivale a questa istanza.

» Risulta egli dunque da questo che l' iscrizione fatta in tal

(1) Persil, Quest. sur les Priv., chap. 6, § 7.

modo *ex officio* non debba essere rinnovata? Ne risulta forse, che allorquando è giunta l' epoca della rinnovazione tocchi al Conservatore a provvedervi? È evidente che no. Il Conservatore ignora al fine dei dieci anni, se il credito del venditore è o non è saldato. Gli sarebbe d' altronde impossibile notare tutte le vendite che egli avesse trascritte, per invigilare in ciascun giorno, onde ciascuna iscrizione *ex officio* fosse rinnovata al suo termine.

» Non si è dovuto, nè si è potuto imporre un simile incarico al Conservatore; non si è potuto molto più obbligarlo a ciascuna dimanda d' un certificato d' iscrizione di consultare tutti i suoi registri da quaranta anni e più, per assicurarsi che non esiste veruna iscrizione *ex officio ;* ricerca che però sarebbe indispensabile, se le iscrizioni *ex officio* non fossero rinnovate.

» Convien dunque dire che l'iscrizione *ex officio* deve essere rinnovata come ogni altra, e che spetta al venditore l'invigilare alla rinnovazione medesima. Egli non deve trovarsi offeso da un obbligo che gli è comune con tutti i creditori senza eccezione, quando essi vogliono conservare i loro diritti (1). »

Posta la necessità della rinnovazione della iscrizione accesa *ex officio* dal Conservatore, e ammesso che l' obbligo di detta rinnovazione spetta al venditore, io credo col Troplong (2) che questa rinnovazione debba farsi dal venditore anche nel caso che il Conservatore non abbia accesa *ex officio* la iscrizione. Imperocchè se la trascrizione tiene luogo pel venditore d' iscrizione, non può però aver forza di dispensarlo dall' obbligo allo stesso venditore addossato della rinnovazione. La omissione del Conservatore non deve nè giovare nè nuocere al venditore, il quale perciò deve dimandare la rinnovazione a capo di dieci anni dalla trascrizione della iscrizione del suo privilegio, non ostante che questa non sia mai stata accesa dal Conservatore.

420. Suppongasi che la iscrizione accesa *ex officio* dal Conservatore non sia rinnovata. Quali saranno gli effetti e le conseguenze di questa omissione? Stabilisce l'articolo 2154 che cessa l' effetto delle iscrizioni delle ipoteche e dei privilegi, se prima della scadenza di dieci anni dal giorno della loro data non si sono rinnovate. Ora se il difetto della rinnovazione toglie ogni effetto

(1) Bollettino delle Leggi, Decreti Imperiali, e Deliberazioni della Giunta di Toscana, vol. 7, pag. 467.

(2) Art. 2108, n. 286 bis.

alla iscrizione, è chiaro che il creditore o ipotecario o privilegiato, la cui iscrizione non fu rinnovata, sarà nella condizione di un creditore, di cui non fu mai iscritto il credito. E siccome il creditore è sempre in tempo ad iscrivere il suo privilegio o la sua ipoteca, finchè l'immobile è nelle mani del suo debitore, e, nel caso di alienazione del fondo gravato dal privilegio o dalla ipoteca, sino al termine dei 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione in forza del più volte citato articolo 834 del Codice di Procedura; così il creditore o privilegiato o ipotecario che non si curò di fare la rinnovazione della prima iscrizione, potrà iscrivere di nuovo il suo privilegio o la sua ipoteca, sì veramente che la nuova iscrizione sia accesa o finchè il fondo gravato trovasi ancora nel possesso del debitore, o, nel caso di alienazione del fondo medesimo, prima della scadenza dei 15 giorni dalla trascrizione fatta o dal venditore o dal compratore del contratto di alienazione. Se non che se il credito sarà ipotecario, la nuova iscrizione prenderà necessariamente la data ed il rango del dì in cui venne accesa, perchè giusta l'articolo 2134 l'ipoteca non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno della iscrizione; e così il creditore ipotecario che non rinnovò la prima iscrizione, non ostante la nuova iscrizione validamente accesa, perderà il benefizio dell'antico rango, e diventerà posteriore di grado a tutti i creditori che iscrissero i loro crediti nell'intervallo dalla prima iscrizione andata perenta per mancanza di rinnovazione alla seconda nuova iscrizione. Al contrario siccome la iscrizione dei privilegi, sebbene necessaria a dare effetto ed efficacia ai medesimi in faccia agli altri creditori, non serve a determinare il grado di prelazione come a suo luogo fu detto (1), e siccome al venditore non fu assegnato alcun termine a dare pubblicità al suo privilegio, il quale può essere validamente iscritto finchè il fondo venduto rimane nelle mani del compratore, e nel caso di una seconda alienazione sino al termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto; così mancando il venditore di rinnovare prima della scadenza del decennio la iscrizione del suo privilegio, o presa da esso direttamente, o accesa *ex officio* dal Conservatore, non solo potrà iscrivere di nuovo il suo privilegio, di cui andò perenta la prima non rinnovata iscrizione, ma la seconda nuova iscrizione non farà per-

(1) N. 385, pag. 134.

dere al venditore il primitivo grado di prelazione, e conserverà il privilegio nella sua integrità indipendentemente dalla data della stessa seconda iscrizione. Domenico vendè nel 1° gennaio 1830 una casa a Pietro, che fece la trascrizione del suo contratto seguita dall' immediata iscrizione del privilegio del venditore accesa *ex officio* dal Conservatore. Passato il decennio da questa iscrizione, Domenico venditore non si curò di farla rinnovare. Intanto nel 1842 Pietro rivendè la casa a Sempronio, il quale fece subito la trascrizione del suo contratto. Prima della scadenza dei 15 giorni dalla trascrizione fatta da Sempronio secondo compratore, Domenico primo venditore, il quale non avea rinnovata la prima iscrizione del suo privilegio accesa *ex officio* dal Conservatore, fece una nuova iscrizione del suo privilegio. Questa seconda iscrizione nuova accesa dal primo venditore Domenico sarà validissima, come quella che venne accesa in tempo debito, ossia prima della scadenza dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto di Sempronio, e conserverà a Domenico l' antico suo grado privilegiato e quindi il diritto di prelazione a qualunque creditore ipotecario anteriormente iscritto. Ma se il primo venditore Domenico lascierà scorrere senza fare la nuova iscrizione l' intero termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto eseguita dal secondo compratore Sempronio, allora non potrà più accendere alcuna iscrizione, e il privilegio di lui rimarrà eternamente perento. Dunque le conseguenze della mancanza di rinnovazione della iscrizione acces *ex officio* dal Conservatore del privilegio del venditore saranno diverse secondo che il venditore sarà o no in tempo di accendere una nuova iscrizione del suo privilegio. Imperocchè o il fondo venduto è sempre nelle mani del primo compratore, o nel caso di alienazione dello stesso fondo fatta dal primo compratore ad un secondo, non fu eseguita del secondo contratto la trascrizione, o, se fu eseguita la trascrizione, non passarono 15 giorni dalla medesima, e allora la mancanza di rinnovazione della prima iscrizione non reca al venditore alcun pregiudizio, perchè questi è sempre in tempo a conservare con una nuova iscrizione il suo privilegio, la quale gli darà un grado di prelazione a tutti i creditori ipotecarj del primo e del secondo compratore anteriormente iscritti. O al contrario il secondo compratore ha fatta la trascrizione del suo contratto, e sono passati da questa 15 giorni senza che

il primo venditore abbia accesa una nuova iscrizione del suo privilegio per supplire al difetto della prima andata perenta per mancanza di rinnovazione, e allora il difetto di rinnovazione della prima iscrizione riesce fatale al venditore, il cui privilegio rimane estinto per sempre (1). Riporterò a maggiore conferma di ciò che ora ho detto il seguente Considerando di un Decreto della Corte Reale di Parigi del 26 marzo 1817 citato dal Persil: « Attendu que, d'après l'art. 2108 du Code Civil, un vendeur peut, en tout temps, prendre utilement inscription pour la conservation de son privilège, tant que l'immeuble n'a pas changé de main, même d'après l'art. 834 du Code de Procédure, dans la quinzaine de la transcription du second acte de vente, et que l'art. 2113, qui porte qu'à défaut d'inscription les privilèges dégénèrent en simple hypothèque, est inapplicable, dès que les conditions prescrites par la loi ont été remplies. » Quest' articolo 2113 citato dalla Decisione della Corte di Parigi stabilisce che i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell' iscrizione, per i quali non furono osservate le condizioni prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia d' essere ipotecarj, ma che l' ipoteca, relativamente ai terzi, si misura soltanto dall'epoca delle iscrizioni. Si pretendeva pertanto nella causa risoluta dalla lodata Decisione che il privilegio del venditore, che non avea rinnovata l'iscrizione accesa *ex officio* a suo favore, si fosse convertito in ipoteca semplice, e che però la nuova iscrizione, fatta da lui nel termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto di alienazione, non potesse più conservare al venditore il primitivo grado del suo privilegio, ma dovesse invece conformemente alla disposizione dell' articolo 2113 avere il grado, come ipoteca semplice, dal dì in cui venne accesa. Questa pretesa era evidentemente ingiusta, e fu meritamente rigettata dalla lodata Decisione della Corte di Parigi. Infatti è ben diverso il caso di un venditore da quello di un coerede. Il coerede deve iscrivere il suo privilegio in forza della disposizione dell' articolo 2109 entro 60 giorni computabili dall' atto della divisione. Se il coerede non iscrisse il suo privilegio entro questo termine, cessa per sempre di essere creditore privilegiato, e il suo privilegio convertito in semplice ipoteca si misura soltanto

(1) Troplong, art. 2108, n. 286 ter. Persil, Quest. sur les Priv., chap. 6, § 7.

é prende grado dal giorno della iscrizione. Se il coerede iscrive entro i 60 giorni il suo privilegio, ma scaduto il decennio non rinnova la sua iscrizione, si troverà nè più nè meno nella condizione di quello che non iscrisse mai il suo privilegio, perchè la prima iscrizione andata perenta non può più avere alcun effetto, come se non avesse mai esistito. Egli dunque, scorso il decennio, non potrà più iscrivere il privilegio, rimasto irrevocabilmente estinto per difetto di rinnovazione; ma potrà come semplice creditore ipotecario iscrivere di nuovo all'appoggio dell'articolo 2113 il suo diritto convertito in ipoteca semplice, e non potrà reclamare altro grado se non quello che gli dà la data della seconda nuova iscrizione. E però tutte le ipoteche iscritte da altri creditori dall'atto di divisione al giorno della nuova iscrizione accesa dal coerede dopo la scadenza del primo decennio saranno preferite al coerede, già creditore privilegiato, e divenuto in forza della disposizione dell'articolo 2113 semplice creditore ipotecario. Ma la cosa è diversa rispetto al venditore, e la disposizione dell'articolo 2113, che è applicabilissima al coerede che non rinnovò la prima iscrizione del suo privilegio entro il decennio, punto non è applicabile al venditore. Al coerede fu assegnato un termine ad iscrivere il suo privilegio, e la iscrizione nuova accesa da lui dopo il decennio, essendo fatta dopo il termine dei 60 giorni, è una semplice iscrizione ipotecaria, che in forza dell'articolo 2113 si può misurare soltanto dal giorno stesso in cui venne accesa. Al venditore al contrario non fu assegnato alcun termine ad iscrivere il suo privilegio o a trascrivere il suo contratto, e gli può dare pubblicità finchè l'immobile venduto è nelle mani del suo compratore, ed anche nel caso di una seconda vendita entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto. Il venditore o dia per la prima volta pubblicità al suo privilegio, o lo iscriva di nuovo dopo che andò perenta la prima iscrizione non rinnovata prima della scadenza del decennio, è sempre nella stessa condizione finchè è in tempo ad iscrivere, ossia per tutto il termine dei 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto di alienazione. Il privilegio del venditore, appunto perchè non gli fu assegnato termine ad essere iscritto, o perisce e muore interamente, o rimane vivo nella sua integrità, e non si converte mai in semplice ipoteca, come quello del coerede che non fu iscritto entro i 60 giorni. O il compra-

tore primo ha venduto nuovamente il fondo e il secondo compratore ha trascritto il suo contratto, e sono passati 15 giorni da questa trascrizione, e allora il privilegio del primo venditore, al quale o non fu mai data pubblicità, o di cui andò perenta la prima rinnovata iscrizione, è rimasto eternamente morto e perento, e il primo venditore non lo può più far rivivere nè come privilegio nè come ipoteca, essendo scaduti i 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto di alienazione. O il fondo venduto è sempre nelle mani del primo compratore, o non sono passati i 15 giorni dalla trascrizione del secondo contratto di alienazione, e allora il privilegio del primo venditore è sempre vivo nella sua integrità assoluta, e il venditore può dargli effetto o colla trascrizione del suo contratto, se non gli fu mai data pubblicità, o con una nuova iscrizione, se andò perenta per mancanza di rinnovazione la prima iscrizione. A ragione pertanto la lodata Decisione della Corte Reale di Parigi dichiarò non essere applicabile al privilegio del venditore, di cui andò perenta la prima iscrizione, la disposizione dell' articolo 2113.

421. L' articolo 2108 obbliga il Conservatore a fare *ex officio* l' iscrizione nel suo registro dei crediti risultanti dall'atto di alienazione tanto in favore del venditore, quanto di coloro da cui si è somministrato il danaro. Se al venditore pertanto competeranno in forza dell' atto di alienazione, di cui fu fatta la trascrizione, diritti qualunque che non costituiscano veri crediti, il Conservatore non sarà tenuto ad accendere *ex officio* la iscrizione. L'articolo 2103 n° 1° serve di spiegazione all' articolo 2108. Imperocchè l' articolo 2108 non fa altro che determinare il modo, onde si deve conservare il privilegio concesso al venditore col citato articolo 2103. E siccome quest' articolo 2103 n° 1° concede al venditore il privilegio *per il pagamento del prezzo;* così è chiaro che la iscrizione, che deve accendere *ex officio* il Conservatore *dei crediti resultanti dall' atto di alienazione,* deve limitarsi ai crediti che ha il venditore o chi somministrò i denari pel prezzo da pagarsi. Un venditore p. e. vende un fondo col patto di ricupera. In questo caso il Conservatore non sarà tenuto ad accendere alcuna iscrizione *ex officio* per garanzia di questo patto, che non è un credito del venditore, ma il diritto di esercitare quandochessia l' azione resolutoria per riavere la cosa venduta. Parimenti se un proprietario vende la sua proprietà colla riserva

dell' usufrutto, il Conservatore non sarà tenuto a fare *ex officio* alcuna iscrizione per questa riserva, la quale non costituisce un credito del venditore, ma una modalità della proprietà alienata, che viene trasferita nel compratore con questo vincolo (1).

422. Giusta la disposizione dell' articolo 2108 il privilegio del venditore è conservato colla trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo o in tutto o in parte. Se il titolo pertanto, che ha trasferito la proprietà nel compratore, porta la quietanza del prezzo, è chiaro che il venditore non potrà più reclamare alcun privilegio, sebbene la quietanza fosse stata immediatamente rivocata con un atto posteriore (2). Tuttavia il Troplong pensa (3) che quando l' atto posteriore, onde viene rivocata la quietanza fatta al compratore nell' atto di vendita, viene trascritto unitamente allo stesso titolo che porta la quietanza, l'atto posteriore di revoca si dovrebbe considerare come un' appendice dell' atto di vendita, col quale fu fatta la quietanza, e che quindi la simultanea trascrizione di questi due atti, onde i terzi sono rimasti pienamente illuminati sulla sussistenza del credito del venditore, sarebbe efficacissima a conservare in vita il privilegio. Io la penso diversamente. Gli articoli 2103 n° 1° e 2108, come ho detto qui sopra (4), servono di spiegazione l' uno all' altro. L' articolo 2103 n° 1° accorda semplicemente il privilegio al venditore *per il pagamento del prezzo,* e l'articolo 2108 dichiara che il venditore privilegiato conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, *e dal quale titolo si provi essergli dovuto il prezzo in tutto o in parte.* Dai quali due articoli insieme combinati chiaro risulta che al venditore compete il privilegio sì veramente che dal titolo, onde fu trasferita la proprietà nel compratore dell' immobile venduto, si provi essergli dovuto in tutto o in parte il prezzo della vendita. Quando adunque il titolo, che ha trasferito la proprietà nel compratore, lungi dal provare il credito del venditore, porta la quietanza del prezzo, una tale quietanza estingue irrevocabilmente ogni diritto di privilegio, a cui avesse potuto aspirare il

(1) Persil, art. 2108, n. 14.
(2) N. 306, pag. 18.
(3) Art. 2108, n. 289 bis.
(4) N. 421.

venditore. Una dichiarazione posteriore sebbene trascritta nello stesso momento, in cui è trascritto il titolo che porta la quietanza, non può più far rivivere un privilegio, già morto, in pregiudizio dei terzi, rispetto ai quali al momento della quietanza il privilegio del venditore ha cessato di esistere.

423. Finora abbiamo parlato del privilegio del venditore sottoposto al sistema della pubblicità. Prima di procedere oltre, è mestieri tener discorso di un altro diritto che il Codice Napoleone accorda al venditore non soddisfatto del prezzo, del diritto cioè di domandare la risoluzione del contratto.

Per Gius Romano (1) al venditore non soddisfatto del prezzo non compete il diritto di domandare la risoluzione del contratto. La L. 8, C. *De contr. emt.*, fa piena fede di questa verità: « Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non earum quae dedisti, repetitio competit. » Lo stesso principio è confermato dalla L. 14, C. *De rescind. venditione:* « Non ex eo, quod emptor non satis conventioni fecit, contractus constituitur irritus. » Ad una diversa regola s' attiene il Diritto Romano nel contratto di permuta. Imperocchè, sebbene l'azione che nasce dal contratto di permuta, che è l'azione chiamata *præscriptis verbis,* comune a tutti i contratti innominati, tenda solamente a costringere l' altro contraente all'adempimento del contratto; è però certo che le Leggi Romane accordano al permutante altresì l' altra azione *causa data non secuta* per ripetere la cosa data nel caso che l' altro contraente manchi all' obbligazione a cui è tenuto. Di questa doppia azione concessa al permutante nel contratto di permuta la L. 5, § 1, D. *De præscript. verb.,* porge una prova non dubbia: « Sin autem *rem do, ut rem accipiam,* quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed *ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere;* vel, si meum recipere velim, *repetatur quod datum est,* quasi ob rem datum, re non secuta. » Il permutante, a cui l' altro contraente mancò di fede, può appigliarsi all' una o all' altra di queste azioni, come più gli talenta, domandare cioè o l'adempimento del contratto coll' azione *præscriptis verbis,* o la restituzione della cosa data coll' altra *causa data non secuta;* ma è

(1) Voet, lib. 19, tit. 1, n. 21.

duopo avvertire col Vinnio che quest' ultima azione lungi dal derivare dalla natura ed essenza del contratto, è dalla equità della legge appoggiata semplicemente al tacito o presunto consenso dei contraenti: « Hæc autem actio (quella cioè onde si domanda la restituzione della cosa) non est ex contractu innominato, qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita quadam conventione, et extra id quod expresse actum est, nascitur (1). » Nel contratto di compra e vendita compete l'azione al venditore per domandare la risoluzione del contratto quando la vendita è stata fatta col patto della legge commissoria, che trovasi espresso nella L. 2, D. *De lege commis.*, colla seguente formola: « *si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit.* » Questo patto però, come dice Ulpiano nella L. 1, D. *De lege commis.*, lascia il contratto nel suo essere di contratto puro, ed ha solo la forza di risolverlo, se il compratore fallisce al pagamento del prezzo: « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. » Il perchè s'introdusse il costume di stipulare il contratto di vendita colla riserva espressa del dominio, la quale quando era apposta a modo di condizione sospensiva impediva la traslazione del dominio non ostante che la tradizione fosse stata fatta con un termine al pagamento del prezzo, e dava diritto al venditore d'intentare l'azione di rivendicazione derivante dal gius di dominio, esercibile non solo contro il compratore, ma anche contro qualsiasi terzo possessore, per ricuperare la cosa venduta, quando il compratore mancava al pagamento del prezzo. La quale riserva apposta espressamente colle clausole importanti condizione sospensiva della traslazione del dominio non è a confondersi colla riserva semplice del gius di dominio fatta dal venditore a garanzia del pagamento del prezzo, perchè questa riserva semplice si risolveva, come ho detto un'altra volta (2), in un diritto di prelazione ai creditori del compratore; laddove la prima, apposta a modo di condizione sospensiva, impediva assolutamente la traslazione del dominio, che rimaneva in sospeso sino all'intero pagamento del prezzo (3).

(1) Select. Jur. Quæst., lib. 1, cap. 46.

(2) N. 298, pag. 6.

(3) Tesoro del Foro Toscano, tom. 28, pag. 195, dec. 38, del 27 aprile 1831. Tom. 39, pag. 271, dec. 50, del 10 maggio 1836. Annali di

Il Codice Napoleone allontanandosi dalle massime seguite dal Diritto Romano nel caso dei contratti nominati, e attenendosi a quelle che erano proprie dei contratti innominati adottò colla disposizione dell'articolo 1184 per principio fondamentale, che la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, e coerentemente a questo principio dispose nell'articolo 1654 che se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga disciolta. In forza della disposizione dell'articolo ora citato 1654, la vendita, comechè fatta puramente e senza condizioni, trae seco tutti gli effetti e tutte le conseguenze che nasceano per Gius Romano dal contratto di vendita fatto colla legge commissoria, la quale si ha per sottintesa per volontà del legislatore senza bisogno di una espressa stipulazione. Questo diritto di domandare la risoluzione della vendita spettante al venditore non soddisfatto del prezzo è esercibile non solo in faccia al compratore, ma altresì in faccia ai terzi possessori dell'immobile venduto. Imperocchè avendo il compratore acquistata la proprietà sotto la condizione risolutiva di pagarne il prezzo, e non potendo trasmettere ad altri maggiori diritti di quelli che egli stesso acquistò, i terzi possessori non possono sottrarsi alle conseguenze di quest'azione resolutoria, la quale, come dice la L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, ha per effetto di rimettere le cose nel primiero stato, come se mai non avesse avuto luogo alcuna vendita: « in pristinam causam res redit, resoluta venditione. » L'azione resolutoria, qualunque sia la causa per cui compete, produce sempre quest'effetto, di ritornare le cose allo stato di prima, e perciò l'articolo 2125 dispone che quelli che hanno sull'immobile un diritto soggetto ad essere risolto non possono stipulare che un'ipoteca sottoposta alla stessa rescissione. Ciò che dispone il citato articolo 2125 del gius d'ipoteca, che è un diritto non meno reale che il gius di dominio, può ripetersi della traslazione dello stesso dominio, e si può dire perciò e sostenere con tutta sicurezza che il compratore il quale rivende una proprietà da lui acquistata sotto la condizione resolutiva del pagamento del prezzo, trasmette al

Giurisprudenza Toscana, anno 1842, dec. della Corte Regia di Firenze del 29 settembre 1842, pag. 980, p. 2.

secondo compratore la proprietà soggetta alla stessa rescissione. Non si può assolutamente non ammettere che l'azione resolutoria competente al venditore non soddisfatto del prezzo è esercibile altresì in faccia ai terzi possessori. Tuttavia offre di questa verità una incontrastabile conferma la disposizione dell'articolo 1681, il quale sebbene riguardi l'azione di rescissione della vendita per causa di lesione è applicabile altresì all'azione resolutoria spettante al venditore per mancanza di pagamento del prezzo, perchè qualunque sia la causa, per cui l'azione resolutoria compete, gli effetti quanto al diritto dei terzi sono gli stessi. Quest'articolo 1681 pertanto, determinati i diritti e gli obblighi spettanti al compratore nel caso che sia ammessa l'azione di rescissione per causa di lesione, dichiara che il terzo possessore ha gli stessi diritti accordati al compratore, salvo il regresso contro il suo venditore. È dunque indubitato che l'azione di rescissione per causa di lesione è esercibile contro il terzo possessore, e per la stessa ragione non può non essere esercibile altresì in faccia ai terzi l'azione resolutoria spettante al venditore non soddisfatto del prezzo della vendita, e su questo punto sono d'accordo gl'Interpreti del Codice Napoleone (1).

424. Non ostante la chiara disposizione dell'articolo 1654, giusta la quale se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga disciolta, si è fatta la questione se a fronte degli articoli 2103 e 2108, che accordano al venditore pel pagamento del prezzo il privilegio sull'immobile venduto, da conservarsi colla trascrizione o colla iscrizione, possa il venditore non soddisfatto del prezzo domandare la risoluzione del contratto, e alcuni Giureconsulti hanno pensato che l'azione resolutoria sia incompatibile col sistema di pubblicità a cui è stato assoggettato il privilegio del venditore. Ma a dir vero questa difficoltà non può essere di alcun rilievo. Imperocchè l'azione resolutoria ed il privilegio sono due diritti affatto distinti e che tendono ad uno scopo assolutamente diverso. Coll'azione resolutoria infatti il venditore domanda che la vendita sia sciolta, e siano rimesse le cose allo stato di prima come se la vendita non avesse mai avuto luogo. Coll'esercizio del privilegio al contrario il venditore domanda e vuole l'esecuzione del contratto. È certamente incompatibile il simultaneo esercizio di questi diritti,

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 151, e 152. Persil, art. 2103, § 1, n. 16.

perchè non si può nello stesso tempo volere e non volere l'esecuzione del contratto; ma nulla osta che il venditore abbia amendue questi diritti colla facoltà di appigliarsi a quello che più crederà del suo interesse. Abbiamo detto che nel contratto di permuta il Gius Romano accordava al permutante, a cui l'altro mancò di fede, due azioni totalmente diverse l'una dall'altra, cioè l'azione *præscriptis verbis*, derivante dal contratto per ottenerne la esecuzione o l'emenda dei danni ed interessi, e l'azione *causa data non secuta* per ripetere la restituzione della cosa data appunto per una causa che andò fallita (1). Nessuno può dubitare che queste due azioni, l'una all'altra opposta, non competano al permutante anche secondo i principj del Codice Napoleone, il quale vuole la condizione resolutiva sottintesa sempre ne' contratti sinallagmatici. Così anche secondo l'articolo 1705 il permutante il quale ha sofferto l'evizione della cosa ricevuta in permuta può a suo arbitrio dimandare la rifusione de' danni ed interessi, o ripetere la sua cosa. Per Gius Romano quando si stipulava il contratto di vendita colla legge commissoria, al venditore, come risulta dalla L. 4, § 2, D. *De lege commis.*, competeva tanto l'azione per domandare il pagamento del prezzo, quanto l'azione resolutoria: « Eleganter Papinianus scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere. » Ora in forza della disposizione dell' articolo 1654 il patto commissorio, che per Gius Romano dovea essere espressamente stipulato, è sottinteso per ministero e volontà di legge. Se le due azioni, di cui ora è discorso, non erano incompatibili nel caso di vendita contratta coll'espresso patto commissorio, perchè saranno incompatibili, quando il patto commissorio non è espresso, ma tacito e sottinteso? Se dunque le dette due azioni, cioè l'azione resolutoria e quella onde si dimanda il pagamento del prezzo, possono simultaneamente competere al venditore, sebbene non possano simultaneamente esercitarsi, nessuna incompatibilità potrà essere tra l'azione resolutoria e il privilegio dall'articolo 2103 accordato al venditore, non essendo il privilegio che un accessorio dell'azione onde il venditore chiede il pagamento del prezzo. Per poter negare al venditore l'azione resolutoria, bisognerebbe cancellare e sopprimere la disposizione dell' articolo

(1) N. 423, pag. 207. Vinnii Select. Jur. Quæst., lib. 1, cap. 46.

1654, il quale accorda espressamente al venditore il diritto di domandare che la vendita venga disciolta. Bisognerebbe cancellare e sopprimere l'articolo 1184 che vuol sempre sottintesa la condizione resolutiva nei contratti sinallagmatici, e accorda alla parte, verso cui non fu eseguita l' obbligazione, la scelta o di costringere l' altra all' adempimento della convenzione quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento. Nè vale il dire che l' azione resolutoria è incompatibile col sistema di pubblicità, a cui per l'interesse dei terzi sono soggetti i privilegi sugli immobili. Imperocchè si tratta di due diritti affatto diversi e distinti che tendono ad un diverso scopo, e nulla osta che l' uno di questi diritti sia sottoposto a formalità non necessarie per l' esercizio dell' altro. Il sistema della pubblicità è stato dalla legge introdotto unicamente per gli oneri ipotecarj, ossia pei privilegi, che sono ipoteche privilegiate, e per le ipoteche semplici. Alle azioni reali derivanti dal gius di dominio il sistema di pubblicità non fu esteso dal Codice Napoleone. Quando adunque il venditore eserciterà il privilegio, dovrà assoggettarsi a tutte le condizioni e formalità, a cui la legge ha subordinato l' esercizio di un simile diritto. Ma quando coll' azione resolutiva si farà a chiedere lo scioglimento della vendita, non potrà e non dovrà domandarsi a lui conto di formalità estranee alla mossa azione e dalla legge non richieste. Non ostante il sistema di pubblicità introdotto pei privilegi e per le ipoteche, non è certamente negato al venditore leso oltre i sette duodecimi nel prezzo d' un immobile, il diritto di chiedere la rescissione della vendita, diritto accordato espressamente al venditore dall' articolo 1674 e alle formalità del sistema della pubblicità non sottoposto. Così pure non ostante il sistema di pubblicità adottato pei privilegi e per le ipoteche, il venditore che ha pattuito il retratto può far uso del patto e promuoverne l' azione, come dispone l' articolo 1664, persino contro un secondo acquirente, senza che l'esercizio di un tale diritto sia alle formalità soggetto del sistema della pubblicità. Perchè dunque, non ostante la pubblicità dalla legge prescritta pei privilegi e per le ipoteche, non potrà il venditore non soddisfatto del prezzo intentare l'azione resolutoria tanto diversa dal privilegio? La legge prevedendo il caso che possa venire ipotecato un immobile soggetto ad essere risolto in casi determinati ha dichiarato nell' articolo 2125 che quelli che non hanno sull'immobile ipote-

cato che un diritto soggetto ad essere risolto, non possono stipulare che un'ipoteca sottoposta alla stessa rescissione. Fra i casi che possono dar luogo alla rescissione vi è appunto quello della mancanza di pagamento del prezzo della vendita contemplato nel più volte citato articolo 1654. Terremo dunque per certo che il venditore secondo i principj del Codice Napoleone ha, indipendentemente dal privilegio, il diritto di domandare coll'azione resolutoria lo scioglimento della vendita, se il compratore non gli pagà il dovuto prezzo, e che un tale diritto, come quello che è totalmente diverso e distinto dal privilegio e tende a diverso scopo, non è sottoposto al sistema della pubblicità, ossia alla formalità della iscrizione, a cui non sono soggetti i diritti e le azioni di rivendicazione (1).

425. Ma sebbene amendue questi diritti, il privilegio cioè e l'azione resolutoria, competano secondo le massime del Codice Napoleone al venditore, è però certo che l'esercizio dell'uno è incompatibile coll'esercizio dell'altro, mentre il primo vuole rispettata l'alienazione, il secondo vuole della alienazione la rescissione; il primo è l'accessorio e la garanzia dell'azione personale *venditi*, colla quale il venditore domanda il pagamento del prezzo, il secondo si risolve nell'azione di rivendicazione derivante dal gius di dominio. E la incompatibilità dell'esercizio simultaneo di questi due diritti è tale che, sebbene il venditore abbia la libertà di appigliarsi o all'uno o all'altro, come più gli talenta, fatta e messa in atto la scelta, perde *ipso jure* la facoltà di far uso del diritto opposto a quello al quale ebbe data la preferenza. Infatti insegna Ermogeniano nella L. 7, D. *De lege commis.*, che il venditore che dimanda il prezzo non può più far uso del patto commissorio: « Post diem commissoriæ legi præstitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renunciatum videtur, nec variare, et ad hanc redire potest. » E per la stessa ragione nella L. 4, § 2, D. *De lege commis.*, Ulpiano, ripetendo l'insegnamento di Papiniano, dichiara, che il venditore che fece uso del patto commissorio non può più chiedere il pagamento del prezzo: « Eleganter Papinianus scribit, statim atque com-

(1) Collez. delle massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 2, pag. 17, dec. 316 del 1 febbraio 1823. Tom. 4, pag. 135, dec. 856 del 18 dicembre 1830. Tesoro del Foro Toscano, tom. 13, pag. 190, dec. 32 del 24 gennajo 1824.

missa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere; nec posse, si commissoriam elegit, postea variare. » E questa massima stabilita dalle Leggi Romane e confermata da parecchie Decisioni (1) non può non essere applicabile ai diritti di privilegio e dell'azione resolutoria concessi dal Codice Napoleone al venditore. Imperocchè l'azione resolutoria accordata dall'articolo 1654 al venditore, a cui non è pagato dal compratore il prezzo della vendita, ha la stessa forza e produce gli stessi effetti del patto commissorio permesso nei contratti di vendita dalle Leggi Romane. Del resto questo punto è stato deciso dalla Corte di Cassazione di Parigi con sentenza del 16 luglio 1818 di cui giova ripetere le parole: « Attendu que le sieur de Rachaix, au lieu d'intenter l'action en résiliation, était intervenu dans l'instance de saisie immobilière, sans demander la distraction, s'étant pourvu dans l'ordre pour être colloqué sur le prix de l'adjudication, et ayant ainsi approuvé la vente, s'est rendu non recevable dans sa demande en résolution de la vente par lui faite. » Il Troplong (2) sebbene approvi la massima adottata dalla Corte di Cassazione col citato Decreto pel caso in cui il venditore si trovi in faccia e in concorso dei terzi, dice però che quando il venditore è in conflitto col solo compratore non possono essere applicabili all'azione resolutoria concessa dal Codice Napoleone le rigorose massime stabilite dalle Leggi Romane nel titolo *De lege Commissoria,* in pregiudizio del venditore che ha fatta la scelta dell'azione. A dir vero io non so vedere come il Troplong, il quale è costretto ad ammettere il principio stabilito dalle Leggi Romane qui sopra citate 7 e 4, § 2, D. *De lege commis.,* quando il venditore è in conflitto coi terzi, possa da questo principio allontanarsi quando il venditore è in lotta col solo suo compratore, quasi che l'azione resolutoria concessa al venditore dall'articolo 1654 cambiasse natura secondo che si esercita in pregiudizio dei terzi o del solo compra-

(1) Collez. delle Massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 4, pag. 235, dec. 912 del 30 novembre 1831. Annali di Giurisp. Toscana, anno 1840, pag. 371, p. 2, dec. della Corte Regia di Firenze del 14 aprile 1840. Anno 1843, pag. 524, p. 2, dec. della Corte Regia di Firenze del 24 maggio 1843. Anno 1844, pag. 178, p. 1 dec. della Corte di Cassaz. di Firenze del 23 aprile 1844.

(2) Art. 2103, n. 224 bis, e 225.

tore. Dice il Troplong che la L. 7, D. *De lege commis.*, come quella che contempla esclusivamente la vendita fatta col patto commissorio, non è applicabile all' azione resolutoria del Codice Napoleone, i cui effetti sono diversi da quelli che derivavano dal patto commissorio romano, perchè il patto commissorio romano faceva sì che scaduto il termine, la cosa venduta *erat inemta*, mentre secondo l' articolo 1655 del Codice Napoleone la vendita sussiste anche dopo scaduto il termine finchè il Giudice non ne abbia pronunciato lo scioglimento: « L'effet *du pacte commissoire* était fort différent de la clause résolutoire du droit français. Le pacte commissoire rendait la chose *inempta,* par défaut de paiement du prix, à l'époque convenue. Il opérait de *plein droit,* et le vendeur pouvait la reprendre, en vertu de l'action de revendication, comme lui appartenant.... Mais les choses sont bien différentes dans notre clause résolutoire tacite. Elle n'est qu'un pacte commissoire imparfait. Elle ne permet pas de considérer la vente comme résolue *de plein droit;* elle autorise seulement la résolution. En attendant, la vente subsiste toujours. » Ma io credo che gli effetti dell' azione resolutoria concessa dall' articolo 1654 siano nelle parti sostanziali gli stessi che quelli del patto commissorio romano. Quale è l' effetto vero ed essenziale del patto commissorio romano? Che la vendita validamente e puramente contratta sia disciolta. Il testo della L. 1, D. *De lege commis.*, lo dice chiaramente: « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. » Quale è l' effetto dell' azione resolutoria concessa dall' articolo 1654? Che la vendita venga disciolta. L' effetto essenziale adunque che deriva dal patto commissorio romano è quello stesso che nasce dall' azione resolutoria del Codice Napoleone. Che la vendita sia disciolta *ipso jure*, o per decreto del Giudice, nulla rileva alla sostanza della cosa, perchè il modo onde la vendita rimane sciolta non costituisce che una semplice modalità accidentale che sebbene diversa nel patto commissorio romano e nell' azione resolutoria del Codice Napoleone non impedisce che sia nell' un caso e nell' altro uguale l' effetto. Se questa modalità semplice avesse tutta l' importanza che le attribuisce il Troplong, allora bisognerebbe anche dire che scaduto il termine del patto commissorio romano, il venditore non potrebbe più far rivivere, chiedendo il pagamento del prezzo, la vendita rimasta *ipso jure*

disciolta. Eppure non ostante lo scioglimento della vendita avvenuto *ipso jure,* Ulpiano dice nella L. 3, dello stesso titolo: « Legem commissoriam, quæ in venditionibus adjicitur, si volet, venditor exercebit; non etiam invitus. » Eppure lo stesso Ulpiano seguendo la dottrina del sommo Papiniano insegna nella citata L. 4, § 2 del titolo medesimo: « Statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere. » Aspetta dunque anche la Legge Romana la scelta del venditore, la quale si manifesta appunto coll' esercizio dell' azione, prima che il patto commissorio ottener possa il pieno suo effetto. Io riduco la questione a questi semplicissimi termini. La L. 7, D. *De lege commis.,* nega l' azione del patto commissorio al venditore che chiese il pagamento del prezzo per la sola ragione che chiedendo il prezzo vuole che la vendita abbia effetto e tacitamente rinunzia al patto che trae seco lo scioglimento. Ciò confessa lo stesso Troplong: « Dans cet état de choses, (ossia secondo i principj delle Leggi Romane relativi al patto commissorio) demander le prix, c'était reconnaître l'existence de la vente,.... c'était par conséquent renoncer au pacte commissoire qui suppose la vente détruite. On ne peut vouloir tout à la fois qu'un contrat soit ou ne soit pas. » Ora domando io al Troplong: il venditore che, non ostante il diritto accordatogli dall'articolo 1654, chiede il pagamento del prezzo, non vuole esso pure che la vendita debba star ferma? Non rinunzia anch'esso col fatto più eloquente delle stesse parole al diritto che avrebbe di chiedere che la vendita sia disciolta? La differenza tra il caso contemplato dalla citata Legge Romana e quest'ultimo sta in ciò solo, che il venditore, a cui accenna la citata Legge Romana, chiedendo il prezzo conferma col fatto una vendita che non potrebbe avere più effetto, essendo rimasta sciolta *ipso jure;* laddove nell' ultimo caso il venditore che chiede il prezzo conferma una vendita, di cui esso stesso potrebbe chiedere lo scioglimento, e confermandola toglie a sè stesso appunto il diritto di domandare al Giudice che sia la medesima dichiarata disciolta. O si vuole che la scelta di una delle due azioni, di cui è discorso, fatta dal venditore che alienò il fondo col patto commissorio non importi la rinunzia dell' altra, e allora è mestieri contraddire al principio stabilito dalle citate Leggi 4 e 7, D. *De lege commis.;* o si ammette il principio proclamato da queste Leggi nel caso di vendita fatta

col patto commissorio, e allora è forza applicarlo altresì al venditore che fa la vendita sotto l'impero del Codice Napoleone, a cui competono e il privilegio per garanzia del pagamento del prezzo e l'azione resolutoria, sia che questo venditore trovisi in conflitto col solo compratore, sia che eserciti i proprj diritti in concorso dei terzi.

426. Si fa la questione, se il venditore che ha perduto il privilegio per difetto d'iscrizione o trascrizione entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo acquirente, o che non è comparso nel giudizio di espropriazione o di purgazione di cui fu soggetto l'immobile gravato dal suo privilegio, possa ciò non ostante intentare l'azione resolutoria. È facilissima e semplicissima la risposta. Il diritto accordato dall'articolo 1654 al venditore, cui non fu pagato il prezzo, di domandare lo scioglimento della vendita, diritto esercibile, come si disse, in faccia anche ai terzi possessori, e non soggetto al sistema della pubblicità (1), è talmente distinto e indipendente dal privilegio attribuito al venditore dall'articolo 2103 n° 1°, che l'esercizio dell'uno esclude necessariamente l'esercizio dell'altro. Qualunque sia dunque la causa per cui il venditore ha perduto il privilegio, la perdita di un tale diritto non potrà mai trar seco la perdita e privazione dell'azione resolutoria, per l'esercizio della quale la legge non esige altra condizione se non che il prezzo della vendita non sia pagato. Quando il venditore muove l'azione resolutoria, e dimanda che la vendita sia disciolta, non si ha e non si può avere alcun riguardo al diritto di privilegio, coll'esercizio del quale si suppone e si vuole che la vendita abbia il pieno suo effetto, e sì veramente che al venditore non sia stato pagato il prezzo, non gli si può negare in alcuna maniera l'uso di detta azione resolutoria non sottoposta ad alcuna formalità e non vincolata ad alcuna condizione (2).

Gravissimi sono gl'inconvenienti che derivano dalla facoltà lasciata al venditore di poter domandare lo scioglimento del contratto. Tizio p. e. vende un suo fondo a Sempronio restando creditore di tutto o di una parte del prezzo. Il compratore Sempro-

(1) N. 424, pag. 210.

(2) Persil, art. 2103, § 1, n. 16. Questions sur les Priv. et Hyp., chap. 5, § 3. Troplong, art. 2103, n. 222 e 223. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 151 e 152. Grenier, tom. 2, par. 2, chap. 1, sect. 3, § 1, n. 378.

nio carica di ipoteche questo fondo, e dopo alcuni anni i creditori di lui domandano del fondo stesso la giudiziale espropriazione. Tizio creditore privilegiato si astiene dal giudizio, e questo terminato colla aggiudicazione del fondo, insorge e movendo l'azione resolutoria rivendica dalle mani dell' aggiudicatario il fondo che fu il soggetto della espropriazione e della aggiudicazione. Ecco un lungo e dispendioso giudizio, quale si è quello della espropriazione di un immobile, reso vano e senza effetto dall'azione resolutoria del venditore, a cui il grado, che nella graduatoria sarebbe stato assegnato al suo privilegio, avrebbe assicurato il pagamento dell'intero suo credito. Non basta. Sempronio che ha comprato il fondo da Tizio, dopo pochi anni rivende lo stesso fondo a Paolo, Paolo lo rivende a Sejo, e Sejo finalmente a Giulio. Trovando Giulio ultimo compratore il fondo comprato carico di molte ipoteche imposte dai primi possessori Tizio, Sempronio, Paolo, e da Sejo ultimo venditore, fa colle norme fissate dai capitoli ottavo e nono del Codice Napoleone il giudizio di purgazione, al quale non si cura di prender parte il primo venditore Tizio per far valere il suo privilegio, che si rimane perciò irrevocabilmente estinto. Terminato questo giudizio di purgazione, che estinse tutti i privilegi e le ipoteche di qualsiasi genere di cui il fondo era gravato, e perfino il privilegio spettante a Tizio primo venditore, questi si fa ad intentare l' azione resolutoria, e rivendicando il suo fondo dalle mani di Giulio ultimo compratore, che fece inutilmente il giudizio di purgazione, rende anche vane le ipoteche costituite sul fondo dallo stesso Giulio, come quelle che essendo state imposte su di un fondo soggetto ad essere risolto cadono *ipso jure* e perdono ogni efficacia, in grazia dell' articolo 2125 e del noto principio *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* quando ha luogo la rescissione. Non varrebbe a Giulio, per sottrarsi a quest'azione resolutoria, l' opporre che il giudizio di purgazione estinse tutti i diritti che i terzi aveano sul fondo, e che esso Tizio deve portare la pena della sua negligenza per non essersi dato pensiero di dar pubblicità al suo privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione e di domandar grado nella graduatoria per essere del suo credito soddisfatto col prezzo del fondo. Risponderebbe vittoriosamente Tizio che la legge accorda al venditore non pagato del prezzo due diritti, distinti e diversi, un diritto di credito privilegiato per ottenere in denaro il pagamento del prezzo

della vendita, e l'azione resolutoria per riavere la cosa venduta; che questi due diritti non sono in alcuna maniera legati e dipendenti l'uno dall'altro; e che il venditore può esercitare l'uno o l'altro a suo piacere. Risponderebbe Tizio che essendo in sua facoltà di far uso del privilegio o dell'azione resolutoria, non deve portare altra pena per non essere comparso nel giudizio di purgazione che la perdita del privilegio, perchè le formalità prescritte nel capitolo ottavo del Codice Napoleone non hanno altro effetto che di purgare e render libere le proprietà dai privilegi e dalle ipoteche, e che quanto all'azione resolutoria non deve portare alcuna pena, perchè le formalità del giudizio di purgazione sono estranee alle azioni reali diverse dai privilegi e dalle ipoteche, le quali anche dopo il giudizio di purgazione rimangono salve ed intatte. Queste poche osservazioni bastano a convincere chiunque ha fior di senno che l'azione resolutoria è fatale tanto ai creditori ipotecarj del compratore di un immobile, quanto agli acquirenti successivi. È fatale ai creditori ipotecarj del compratore, perchè esercitandosi l'azione resolutoria dal venditore, le ipoteche costituite dal compratore si spengono e svaniscono *ipso jure,* giacchè *in pristinam causam res redit,* come dice Paolo nella L. 10, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv., resoluta venditione.* E, quel che è peggio, è fatale l'azione resolutoria ai creditori ipotecarj del compratore, quand'anche il valore del fondo ipotecato potesse bastare alla piena loro soddisfazione. Suppongasi infatti che Tizio abbia venduto un immobile a Sempronio per lo prezzo di lire 50 mila ricevendo in conto lire 20 mila, e che dopo qualche tempo il compratore Sempronio contragga un debito di 15 mila lire col banchiere Cajo, ipotecando l'immobile vendutogli da Tizio. Se si fa il giudizio di espropriazione del detto fondo, il prezzo dell'aggiudicazione basta a pagare il residuo credito privilegiato di Tizio venditore, che è di lire 30 mila, non che il credito ipotecario del banchiere Cajo. Ma se Tizio non soddisfatto del residuo prezzo, anzichè dimandare la espropriazione del fondo gravato dal suo privilegio, chiede che la vendita sia disciolta, e trascorsa la dilazione assegnata dal Giudice coerentemente all'articolo 1655 al debitore Sempronio viene pronunziato lo scioglimento della vendita, la sicurezza ipotecaria che il banchiere Cajo avea acquistata sul fondo ipotecato svanisce, e Cajo non resta più che un creditore chirografario. È poi l'azione resoluto-

ria fatale altresì agli acquirenti successivi degli immobili. Imperocchè, se col rimedio del giudizio di purgazione possono i terzi possessori liberare i fondi acquistati da tutti i privilegi ed ipoteche onde i fondi stessi sono gravati, nessun rimedio è loro dato dalla legge per liberarsi dal pericolo di un'azione resolutoria spettante ad alcuno degli antichi proprietarj, azione che pende come una spada occulta e minacciosa sulla loro testa, e che da un momento all'altro può ferirli, e tor loro di mano i fondi in buona fede acquistati e pagati. Ecco le belle garanzie che sotto l'impero del Codice Napoleone offre il suolo, che è un istrumento sì importante di produzione, e che è sottomesso, come tutti gli istrumenti di produzione, alla indispensabile condizione del credito, senza del quale non può prosperare! Ecco su quali basi i Compilatori di questo Codice poggiarono il credito fondiario, il quale non può aver vita se non sono tolti gli ostacoli che si frappongono fra la terra e i somministratori, se non si rende il più che si possa disponibile la proprietà degli immobili nelle mani del possessore, se non si libera la terra dalle pastoie che la inviluppano, e non si rende più facile il contatto tra essa e il denaro! Non bisogna certamente per favorire il credito fondiario offendere e ferire diritti essenziali. Ma il diritto essenziale del venditore nella vendita è forse la risoluzione del contratto? No certamente. Il diritto essenziale è il privilegio che garantisce ed assicura al venditore il pagamento del prezzo. Il privilegio del venditore è certamente una creazione della legge, ma è una creazione giusta e legittima, che non è punto in disaccordo colla massima fondamentale del Diritto, secondo la quale i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori. Il giorno in cui il proprietario vende la sua proprietà, e la distacca da sè rompendo il legame che ad essa lo univa, questa stessa proprietà passata nelle mani del nuovo acquirente diviene il pegno comune dei creditori di lui. Ma se questo pegno a tutti non basta, è giusto che la perdita anzichè al venditore tocchi agli altri creditori dell'acquirente, è giusto ed equo che a questi creditori sia preferito il credito dell'antico proprietario che rinunziò al dominio della cosa propria e permise che la cosa già sua, entrata nel patrimonio dell'acquirente, divenisse il pegno dei creditori di lui a fronte del pagamento del convenuto prezzo. Della concessione fatta dal legislatore al venditore di un privilegio sull'immobile venduto i

terzi non possono dolersi, perchè con questo si volle giustamente proteggere e favorire il diritto essenziale del venditore, il credito cioè del prezzo della vendita. Non è così del diritto di domandare lo scioglimento della vendita. Non solo non è questo un diritto essenziale del venditore, ma è anzi un diritto contrario e opposto al contratto di alienazione validamente e senza condizione stipulata, come quello che tende a distruggere il primo contratto e a ritornare il dominio e il possesso della cosa alienata nelle mani dell' antico proprietario, che se ne era volontariamente spogliato. Gli antichi Giureconsulti Romani, che furono maestri in Giurisprudenza ai moderni, non poterono nella loro mente elevata e sublime conciliare l' azione resolutoria colla vendita, e vollero che quando la tradizione era stata fatta *habita fide de pretio* il dominio della cosa venduta rimanesse irrevocabilmente nel compratore. Come mai i Compilatori del Codice Napoleone, che pur vollero e credettero necessario sostituire al sistema ipotecario romano avvolto nelle tenebre e nel mistero quello della pubblicità, mossi dal savissimo pensiero di favorire il credito fondiario, poterono poi attaccare alla vendita la lebbra dell' azione resolutoria che è un cancro distruttore del credito fondiario? Io non so come di questa novazione portata ai principj eterni della Romana Giurisprudenza, novazione che è in contraddizione col nuovo adottato sistema della pubblicità delle ipoteche, possono essere scusati, a meno che non si voglia avere un rispetto superstizioso anche per ciò che il Codice Napoleone ha di cattivo. A ragione pertanto il Troplong, che certamente non può essere sospetto di avversione alla legislazione Napoleonica, accennati i gravissimi inconvenienti che trae seco l' azione resolutoria concessa al venditore non soddisfatto del prezzo, ne invoca ad alta voce coll'autorità del suo nome e della sua parola una pronta abolizione: « Il y aurait urgence à ce que le législateur fît cesser un état de choses si inquiétant pour les tiers, et qui apporte tant d'entraves dans les ventes d'immeubles (1). » Ma per gravi che siano gl' inconvenienti che derivano da questa azione resolutoria, per quanto sia essa una bizzarra e strana modificazione fatta alle massime della Romana Giurisprudenza, non armonizzante col sistema di pubblicità adottato per i privilegi e le ipoteche e colla facoltà concessa ai terzi possessori di purgare i fondi dagli oneri ipotecarj da cui sono gravati, non si

(1) Art. 2103, n. 223.

può essa assolutamente negare al venditore che voglia far uso delle disposizioni degli articoli 1654 e 1655 in nessuna parte del Codice abolite o modificate, e la opinione dei Giureconsulti che non vogliono ammetterla trova nelle citate disposizioni uno scoglio che solo la potenza del legislatore può rompere (1). Il Giureconsulto può criticare i difetti della legge scritta, all' autorità della quale deve però piegare il capo quando si tratta d' interpretarla e di applicarla, perchè *son rôle*, come dice il lodato Troplong, *est d'appliquer les lois*, *lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire* (2). » Ripeterò a questo proposito ciò che dice Cicerone nell' orazione *pro Cluentio* parlando di leggi non buone: « Primum (ut id iniquissimum esse confitear) hujusmodi est, ut commutatis eis opus sit legibus, non ut iis, quæ sunt, non pareamus (3). » Altro è infatti, come dice il Romagnosi (4), disputare in via puramente speculativa, ed altro è disputare in via pratica e in linea di ragione positiva e concreta. Imperocchè la volontà manifestata dal supremo legislatore, come ripete lo stesso Romagnosi (5), forma il solo criterio del Magistrato e del Giureconsulto.

427. Il Progetto Vatimesnil mirando a favorire e proteggere il credito fondiario, e cessar volendo gl' inconvenienti gravissimi che trae seco inevitabilmente l'azione resolutoria, portava su questo punto una radicale riforma alla legislazione del Codice Napoleone prescrivendo nell'articolo 2105 ciò che segue:

« L'action résolutoire de la vente établie par l'art. 1654 du Code civil, et l'action en reprise de l'objet échangé établie par l'art. 1705 du même Code, ne peuvent être exercées au préjudice ni des créanciers inscrits sur l'acheteur ou l'échangiste, ni de sous-acquéreurs, ni des individus auxquels des droits réels auraient été concédés, pourvu que l'inscription ou la transcription faite par ces tiers soit antérieure à la mention de la demande en résolution ou en reprise qui aurait été faite en marge de la transcription de la vente ou de l'échange. La même règle s'applique à l'action en révocaction de la donation pour cause d'inexécution

(1) Troplong, art. 2103, n. 222.
(2) Art. 2103, n. 219.
(3) Cap. 54.
(4) Condotta delle Acque, par. 1ª, lib. 1.
(5) Condotta delle Acque, par. 1ª, lib. 1.

des conditions, lorsqu'il résulte de ces conditions une créance privilégiée, conformément à l'article précédent (1). »

Secondo l'allegata disposizione del Progetto Vatimesnil, se non vi sono terzi interessati, il diritto accordato dal Codice Napoleone di domandare lo scioglimento della vendita riman fermo, e il venditore può esercitare liberamente l'azione resolutoria, trattandosi di una causa che riguarda lui solo e l'acquirente. Ma se vi sono dei terzi interessati, ai quali dei diritti reali sono stati concessi, il venditore non potrà giammai in alcun caso, sia che abbia conservato il suo privilegio, sia che lo abbia perduto, esercitare l'azione resolutoria a detrimento di questi terzi. Quando vi sono terzi interessati, che acquistarono dei diritti reali sull'immobile, o il venditore, come diceva Vatimesnil nel suo Rapporto, ha conservato il suo privilegio, e allora non ha bisogno dell'azione resolutoria, perchè è certo di essere collocato in prim'ordine; o egli lasciò che il suo privilegio andasse perento, e in questo caso deve a sè stesso rimproverare la propria negligenza, i cui effetti devono giustamente cadere sopra di lui, e non sopra dei terzi di buona fede.

Anche il Progetto del Governo Francese presentato all'Assemblea legislativa dal Ministro Rouher portava su questo punto dell'azione resolutoria una modificazione e riforma alla legislazione del Codice Napoleone; ma la riforma non era radicale e completa come quella del Progetto Vatimesnil, e consisteva in ciò solo che l'azione resolutoria, la quale secondo le massime del Codice Napoleone compete *ipso jure* per forza di legge, dovesse essere stipulata nel contratto di vendita. L'articolo 2110 del detto Progetto presentato a nome del Governo dal Ministro Rouher era così concepito:

« Le créances privilégiées sur les immeubles sont:

» 1. Le vendeur etc.

» 2. Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble etc.

» Mais l'action résolutoire ne passera pas à ces bailleurs de fonds, ainsi privilégiés, à moins qu'il ne leur en ait été fait une cession expresse; et le vendeur lui-même, comme le cessionnaire, ne pourra l'exercer que contre l'acquéreur seulement; toutefois, si l'action résolutoire a été formellement stipulée dans le con-

(1) Moniteur, n. 116, 26 avril 1850.

trat de vente, le vendeur, comme son cessionnaire, aura le droit de s'en prévaloir contre les tiers.

» 3. Les copermutants etc.

» Sans préjudice du droit que l'art. 1705 accorde au copermutant évincé, de demander des dommages-intérêts ou de répéter sa chose, mais à la condition de ne l'exercer que contre le vendeur seulement, à moins que l'acte d'échange ne réserve formellement l'action résolutoire au copermutant évincé (1). »

Questo Progetto adunque del Governo ammetteva che il venditore potesse valersi dell' azione resolutoria contro i terzi, quando l'azione stessa fosse stata espressamente stipulata nel contratto di vendita. Ma questa mezza riforma non poteva essere un sufficiente rimedio ai mali che seco trae l' azione resolutoria, perchè facilmente la stipulazione di quest' azione resolutoria si convertirebbe dai Notari in una clausola di stile, che non sarebbe mai omessa nei contratti di vendita.

Perciò lo stesso Ministro Rouher, uno dei Compilatori del Progetto Ministeriale, allora che si venne dall' Assemblea legislativa alla seconda deliberazione del Progetto Vatimesnil, prendendo la parola a nome proprio come rappresentante e non come ministro, lodò la Commissione di non essersi contentata della troppo debole e quasi inutile riforma del Progetto del Governo. Ma nè pur egli però credette necessaria la radicale abolizione dell' azione resolutoria, che con un colpo di spada veniva annullata e distrutta dal Progetto Vatimesnil, al quale proponeva egli il seguente emendamento: « L'action résolutoire de la vente, établie par l'art. 1654, et l'action en reprise de l'objet échangé, établie par l'art. 1705 du Code Civil, ne peuvent être exercées au préjudice ni des créanciers inscrits, ni des sous-acquéreurs, ni des tiers acquéreurs des droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par l'article précédent. La même règle s'applique à l'action en révocation fondée sur l'inexécution des conditions qui auraient pu être garanties par le privilège constitué dans l'article précédent (2). » Sotto il Codice Napoleone, come già sopra abbiamo detto, i due diritti accordati al venditore, cioè il privilegio e l'azione resolutoria, sono slegati e indipendenti l'uno dall'altro, talmente che il venditore può esercitare in pregiudizio dei terzi

(1) Moniteur, 10 avril 1850, n. 100.
(2) Moniteur, n. 349, 15 décembre 1850.

l' azione resolutoria a suo talento quand'anche il privilegio sia rimasto estinto. Rouher giudicando intollerabile un tale arbitrio lasciato dalla legge al venditore credette di rimediare agl'inconvenienti dell' azione resolutoria, legando in una maniera indissolubile questa al privilegio, dimodochè l' azione resolutoria non potesse mai esercitarsi quando fosse perduto e non si potesse esercitare il privilegio. Secondo l'emendamento Rouher, che lega indissolubilmente l'esistenza e la efficacia dell' azione resolutoria alla esistenza del privilegio, la pubblicità data al privilegio servirebbe altresì di pubblicità dell'azione resolutoria, e sarebbe come un avvertimento ai terzi che la proprietà gravata dal privilegio può essere rivendicata dalle mani del possessore. Questo emendamento proposto da Rouher rendeva certamente minori gl'inconvenienti dell' azione resolutoria, la quale per essere legata alla vita del privilegio, soggetto alla pubblicità, non potrebbe più ferire come un nemico occulto e a tradimento dopo che il venditore avesse per sua colpa e negligenza perduto il privilegio. Ma è sempre vero che anche quest'emendamento lasciava due armi al venditore, il privilegio e l'azione resolutoria, e che quando il privilegio era conservato, poteva il venditore a sua posta esercitare l'azione resolutoria in pregiudizio dei creditori ipotecarj o dei terzi acquirenti. I funesti effetti dell' azione resolutoria, che è la morte del credito fondiario, non erano tolti dall' emendamento Rouher, secondo il quale la sorte dei creditori ipotecarj e dei terzi acquirenti sarebbe sempre in balía del venditore che avesse conservato il suo privilegio. L'azione resolutoria concessa dal Codice Napoleone è nocevole non solo perchè è occulta, ma perchè è l' azione resolutoria, e come tale trascina con sè un sì gran numero d'inconvenienti, che è impossibile di far vivere insieme il diritto di domandare lo scioglimento della vendita e il credito fondiario.

Ecco dunque i tre diversi progetti proposti alla decisione dell' Assemblea legislativa della Repubblica Francese intorno all'azione resolutoria accordata senza limiti e senza condizioni e indipendentemente dal privilegio al venditore dal Codice Napoleone: cioè il progetto del Governo, che aboliva l' azione resolutoria legale, lasciando intatta l' azione resolutoria stipulata nel contratto di vendita dal venditore; il progetto Vatimesnil, che voleva l' abolizione assoluta dell' azione resolutoria tanto legale

quanto convenzionale; e finalmente il progetto Rouher, che legava l' esercizio dell'azione resolutoria alla esistenza del privilegio debitamente conservato. Ma nessuno dei Deputati sorse a difendere il progetto del Governo, che fu posto in non cale, e la lotta, che fu animatissima, fu combattuta tra i difensori del progetto Vatimesnil e i sostenitori dell'emendamento Rouher. Furono del primo caldi ed eloquenti propugnatori lo stesso Vatimesnil, Relatore della Commissione, Pougeard uno dei membri della stessa Commissione, Dupont de Bussac e Michel de Bourges. Difesero l' emendamento Rouher lo stesso ministro Rouher, Fourtanier e Valette. Non mancò in questa memorabile discussione, che ebbe luogo nei giorni 14 e 16 dicembre 1850 (1), l'eloquente parola dell'illustre giureconsulto Crémieux, il quale si oppose con tutto il calore alla abolizione dell' azione resolutoria. Io, che sono profondamente convinto della necessità dell' abolizione dell'azione resolutoria, quando ebbi sott'occhio i discorsi dei valenti oratori che presero parte all'accennata discussione, rimasi sorpreso che il dottissimo Crémieux, che si dichiarò caldo partigiano del credito fondiario, potesse avversando il progetto Vatimesnil favorire e difendere l' azione resolutoria, che è la morte del credito fondiario; ma la mia meraviglia fu senza fine quando lessi che per lui l' abolizione dell' azione resolutoria era l' abolizione della proprietà sotto il pretesto di favorire il credito. — Sapete voi, diceva Crémieux, quale è il credito fondiario dell'acquirente? È il credito sopra un fondo che non ha pagato e che non gli appartiene. Cosa faccio io quando vendo la mia proprietà? Me ne spoglio. Ma non è una donazione che io faccio, è una vendita. Perchè me ne spoglio? Perchè ricevo l'equivalente della proprietà, di cui il prezzo o mi è pagato immediatamente o ad epoche differenti. Senza questa condizione io non dò la mia proprietà, io non me ne spoglio. E bene, io non sono pagato del prezzo della vendita, e voi m'impedite di rientrare nella mia proprietà; voi me ne spogliate; e non vi è nè onestà, nè lealtà, nè giustizia spogliare un venditore per favorire un acquirente e quelli che coll'acquirente contrattarono. — Non è vero che la legge abolendo l' azione resolutoria spogli il venditore della sua proprietà. Egli stesso si è della sua proprietà volontariamente spogliato vendendola puramente e senza condizioni e facendone la tradizione

(1) Moniteur, n. 349, 15 décemb. 1850, e n. 351, 17 décemb. 1850.

habita fide de pretio. Perchè la legge ridargli deve ciò, di cui egli si è volontariamente spogliato? Perchè con infinito pregiudizio dei terzi e del commercio deve distruggere l'effetto di tutti i contratti successivi fatti in buona fede dai terzi coll'acquirente? La legge non poteva rendere al diritto della proprietà, certamente sacro e degno di ogni possibile protezione e favore, maggiore omaggio di quel che gli ha reso accordando al venditore un privilegio sull'immobile venduto per assicurargli a preferenza di qualunque creditore dell'acquirente il pagamento del prezzo, che è il correspettivo e l'equivalente della proprietà irrevocabilmente alienata. Quando il dominio della cosa venduta è dal venditore passato nel compratore, questo passaggio di proprietà deve essere un fatto compiuto per tutti, e pel venditore e per l'acquirente. Ed è perciò che la sapienza degli antichi Giureconsulti di Roma rendeva irretrattabile la vendita ed irrevocabile il dominio trasferito nel compratore, quando la tradizione era stata fatta *habita fide de pretio.* Nè per questo i Romani Legislatori furono mai accusati di poco rispetto al diritto di proprietà, nè per questo fu detto mai che le Leggi Romane spogliassero il venditore per favorire l'acquirente, non ostante che nessun privilegio accordassero al credito del venditore pel pagamento del prezzo. Se Crémieux avesse detto, come disse il Rappresentante Valette, che la legge non deve legare la libertà delle convenzioni, e non deve sacrificare al credito fondiario dell'acquirente il diritto di domandare lo scioglimento della vendita con espresso patto stipulato nel momento del contratto, le sue ragioni potevano essere buone a difendere il Progetto Ministeriale, che salvava appunto l'azione resolutoria stipulata nel contratto di alienazione; ma le sue ragioni non dovevano, secondo il mio debole avviso, aver forza di mettere in odio ai Rappresentanti dell'Assemblea legislativa l'abolizione dell'azione resolutoria legale, quasi che una tale abolizione fosse un atto d'ingiustizia, uno spoglio ed una violazione del diritto di proprietà. Anch'io ripeto col Crémieux che non deve proteggersi dalla legge un credito fondiario basato sull'ingiustizia, convengo anch'io con lui che il denaro deve circolare onestamente e lealmente, e che all'idolo del credito fondiario non deve sacrificarsi il diritto di proprietà; ma credo d'altra parte che l'abolizione dell'azione resolutoria non solo non offenda il diritto di proprietà, ma lo rispetti eminentemente nella persona

dell' acquirente, nel quale per volontà del venditore e della legge si trasferì il diritto di proprietà dell' immobile alienato. Vuolsi però avvertire che lo stesso Crémieux, partigiano dell' azione resolutoria, voleva che fosse contenuta entro certi limiti convenienti e ragionevoli, e quindi che non potesse essere esercitata dieci anni dopo la scadenza dell'ultimo termine del pagamento del prezzo, o quando l'acquirente avesse pagato il terzo del prezzo (1).

All' Assemblea legislativa parve altrimenti, la quale rigettato il Progetto Vatimesnil accolse ed adottò il Progetto Rouher, quello cioè che legava l' esistenza dell' azione resolutoria all' esistenza del privilegio debitamente conservato. E perchè in una questione di tanto momento si possa dare al voto dell' Assemblea il valore e l' importanza che merita, non è fuor di proposito il notare che in un numero complessivo di votanti 669, il detto Progetto Rouher fu adottato con voti 414 favorevoli contro 255 contrarj (2). Ma non ostante i 414 voti che l' Assemblea legislativa Francese accordò all' emendamento Rouher, io persisto sempre a tenere, che finchè non è cancellata e abolita l' azione resolutoria, non possa reggersi su solide basi e aver vita prospera il credito fondiario. Il vincolo indissolubile stretto dall' emendamento Rouher tra il privilegio e l' azione resolutoria, la quale, estinto il privilegio, non sarebbe più accolta, cesserebbe certamente molti degli inconvenienti gravissimi, che inevitabilmente accompagnano l'esercizio di detta azione sotto il Codice Napoleone; ma d' altra parte tutte le volte che vi sarà un privilegio debitamente conservato, tutte le volte che i terzi sapranno che il venditore del fondo offerto in ipoteca ha due azioni, un privilegio ed un'azione resolutoria, nessun somministratore vorrà affidare all' acquirente i suoi capitali, quando anche il prezzo del fondo fosse più che bastevole alla soddisfazione del residuo credito del venditore e del capitale della somministrazione. Io suppongo che un immobile sia stato venduto 50,000 lire e che ne siano già state pagate 30 mila al venditore che è rimasto creditore di sole lire 20 mila. Se il compratore domanderà ad un banchiere 20 mila lire, il banchiere farà facilmente la somministrazione? Se il banchiere non avrà a temere che il privilegio del venditore, farà il prestito senza difficoltà, perchè prevedendo

(1) Moniteur, n. 349, 15 décembre 1850.
(2) Moniteur, n. 351, 17 décembre 1850.

anche il pericolo di un giudizio di concorso sa che il prezzo del fondo basterà al pagamento di amendue i crediti, quello cioè del venditore e il suo, e vi sarà anche un avanzo. Ma se il banchiere che conosce il credito privilegiato del venditore dovrà anche temere il pericolo dell' azione resolutoria, l' esercizio della quale distruggerebbe e renderebbe vane tutte le ipoteche consentite dal compratore, non sarà così stolto da affidare i suoi denari a fronte di una garanzia che gli può sfuggire di mano e svanire ove il venditore faccia uso dell' azione resolutoria. Io credo che l'Assemblea Francese, non volendo adottare il Progetto Vatimesnil, che proponeva l' abolizione intera ed assoluta dell' azione resolutoria tanto legale quanto convenzionale, avrebbe fatto meglio, se avesse accettato il Progetto ministeriale di cui sopra ho fatto cenno, ossia avesse abolita l' azione resolutoria legale ed ammessa l' azione resolutoria convenzionale, applicando però a quest' azione resolutoria convenzionale l' emendamento Rouher, onde l' esistenza dell' azione resolutoria convenzionale fosse sempre legata all' esistenza del privilegio. L' Assemblea Francese conservando semplicemente l' azione resolutoria convenzionale avrebbe almeno reso un omaggio all' antica legislazione romana, che permette nelle vendite il patto commissorio, e alla libertà delle convenzioni.

All' articolo 2105 relativo all' azione resolutoria, già adottato dall' Assemblea, Marc Dufraisse propose la seguente aggiunta: « Dans le cas où le vendeur, le coéchangiste, le donateur exerceraient l'action résolutoire, les tiers pourront toujours arrêter ses effets en remboursant au demandeur le capital et les accessoires conservés par l'inscription du privilège, conformément à l'art. 2168. » Quale era il fine di questa aggiunta? Avendo l'Assemblea adottata la massima che il privilegio e l' azione resolutoria dovessero essere tra loro intimamente legati, e che l' azione resolutoria competesse sino a che competesse e potesse esercitarsi il privilegio, voleva Marc Dufraisse che l' azione resolutoria non potesse avere maggiore estensione del privilegio, e dovesse essere limitata entro il cerchio entro il quale è ristretto il privilegio, e però che quando un creditore posteriore potesse e volesse rimborsare il venditore del suo credito, dovesse essere surrogato ai diritti dello stesso venditore, e quindi liberato dal pericolo e dalle minaccie dell' azione resolutoria. E questa ag-

giunta, la quale era in piena armonia colla massima già adottata, venne dall' Assemblea pienamente approvata (1).

428. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete nell' articolo 1994 la disposizione dell' articolo 2108 del Codice Napoleone quanto al modo di conservare il privilegio del venditore, e ripetendo pur anche le disposizioni degli articoli 1184 e 1654 dello stesso Codice Napoleone dispone esso pure nell'articolo 1137, che la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, e nell' articolo 1500, che se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita sia disciolta.

429. Il Codice di Parma, lungi dal ripetere, come ha fatto il Codice delle Due Sicilie, la disposizione dell' articolo 2108 del Codice Napoleone, vuole con più savio consiglio che il privilegio del venditore sia conservato nello stesso modo, onde si conservano gli altri privilegi. Perciò dopo di avere nell' articolo 2149 disposto che la notificazione de' privilegi in un pubblico uffizio a ciò destinato è il mezzo di conservarli, che questa notificazione si eseguisce nelle forme prescritte per la notificazione delle ipoteche, e che tale notificazione deve essere rinnovata dopo dieci anni nel modo stesso con cui si rinnovano quelle delle ipoteche, dichiara nell' articolo 2151 che di questa notificazione abbisogna il privilegio del venditore del fondo pel suo credito del totale, o del residuo di prezzo.

Ma non in ciò solamente il Codice di Parma ha modificata la disposizione dell'articolo 2108 del Codice Napoleone. Si disse (2) che il Codice Napoleone, il quale nell' articolo 2109 assegna ai coeredi e condividenti il termine di 60 giorni computabili dall'atto della divisione od aggiudicazione ad inscrivere il loro privilegio, non assegna alcun termine al venditore, il quale è in diritto di dare pubblicità al suo privilegio finchè l' immobile venduto è nelle mani del compratore, e in forza dell' articolo 834 del Codice di Procedura entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto fatta da un terzo possessore. Una tale facoltà lasciata al venditore, la cui tardiva iscrizione conserva al privilegio il diritto di essere preferito a tutte le ipoteche anteriormente iscritte

(1) Moniteur, n. 351, 17 décemb. 1850. N. 358, 24 décemb. 1850.
(2) N. 406, pag. 172.

a carico del compratore, trae seco i gravi inconvenienti di cui abbiamo qui sopra fatto parola. Accennando il Persil a questi inconvenienti rimprovera giustamente i Compilatori del Codice Napoleone di non avere adottato pel privilegio del venditore lo stesso sistema tenuto per quello dei coeredi: « Si on avait dit, par exemple, comme on l'a fait pour les cohéritiers: *le vendeur conservera son privilège par la transcription du contrat faite au plus tard dans les deux mois à partir de sa date;* il n'y aurait eu nul inconvénient, et tous les principes consacrés par les articles précédens auraient été en harmonie avec celui-ci (1). » Così, come avrebbe voluto il Persil, fece il Codice di Parma, il quale nell'articolo 2153 dispone, che la notificazione de' privilegi, di cui negli articoli precedenti, cioè del venditore, dei coeredi e condividenti, deve essere fatta entro il termine di 30 giorni da quello, in cui per atto pubblico, o per privata scrittura avente data certa seguì il contratto di vendita, la divisione, o l' aggiudicazione. Dichiara altresì nell' articolo 2152 che quegli che ha somministrato il danaro, o parte del danaro convertito nell'acquisto del fondo, viene dalla legge surrogato nel privilegio del venditore, cosicchè il mutuante nel termine stabilito al venditore può egli pure con tale qualità notificarne il privilegio.

Neppure quanto all' azione resolutoria il Codice di Parma ha voluto esser ligio alle disposizioni del Codice Napoleone, e dichiara nell'articolo 1159 che la condizione risolutiva non ha luogo se non quando sia espressamente pattuita. Ma nella vendita però ammette anche l' azione resolutoria legale, ristretta però al caso in cui il venditore si trovi in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo, e però dispone nell' articolo 1471 che lo scioglimento della vendita degli immobili deve pronunziarsi senza dilazione, se il venditore si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prezzo. E quanto all' azione resolutoria convenzionale dispone nel successivo articolo 1472, che quando al tempo della vendita di un immobile siasi stipulato che non pagandosi il prezzo nel termine stabilito la vendita sia disciolta *ipso jure,* spirato il termine senza che il compratore abbia pagato, il contratto resterà sciolto, salvo che il venditore non preferisca di costringere il compratore al pagamento del prezzo.

430. Il Codice di Sardegna colla disposizione dell' articolo

(1) Art. 2108, n. 22.

2205, conforme a quella dell' articolo 2153 del Codice di Parma, stabilisce che il venditore od altro alienante per conservare il suo privilegio dovrà iscriverlo nel termine di tre mesi dalla data dell' atto di alienazione. Ma siccome l' iscrizione fatta entro il termine assegnato conserva al privilegio, come dichiara anche l' articolo 2213 del Codice di Sardegna, il diritto di essere preferito alle ipoteche costituite dal compratore durante il detto termine ed iscritte anteriormente a quella del venditore; quindi mi pare più savia la disposizione dell' articolo 2153 del Codice di Parma che restringe questo termine a soli 30 giorni, che non quella dell' articolo 2205 del Codice di Sardegna che allunga questo termine sino a tre mesi dalla data dell' atto di alienazione.

Quanto poi all' azione resolutoria, ripetendo il Codice di Sardegna nell' articolo 1275 la disposizione dell' articolo 1184 del Codice Napoleone, dichiara che la condizione resolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, ma aggiunge la seguente riserva: *salvo ciò che è stabilito al titolo Della vendita.* Nel qual titolo viene coll' articolo 1661 espressamente disposto, che il venditore di uno stabile non può chiedere la risoluzione della vendita per il motivo che il prezzo non ne sia stato pagato, e che ogni convenzione in contrario si avrà per non apposta. Ecco come l' utilissima abolizione dell' azione resolutoria, tanto legale quanto convenzionale, nei contratti di vendita degl' immobili, proposta inutilmente dal Progetto Vatimesnil all' Assemblea Legislativa dell' ultima Repubblica Francese, era già stata attuata dai Compilatori del Codice Sardo, i quali con questa importante riforma slegarono il credito fondiario dal più forte dei vincoli che lo inceppano ed uccidono!

431. Il Regolamento Ipotecario Pontificio sebbene disponga nel § 93 che si eseguisce la iscrizione de' privilegi nelle forme stabilite per la iscrizione delle ipoteche, stabilisce però nel § 96, ad imitazione dell' articolo 2108 del Codice Napoleone, che la trascrizione fatta dall' acquirente nelle forme dalla legge prescritte conserva il privilegio del venditore o di qualunque altro alienante.

Si è fatta dagl' Interpreti del Diritto Francese la questione, se il rango del privilegio del venditore si misura dalla data della stessa trascrizione o dalla data del contratto. Questo punto, che a

me veramente non pare questionabile, essendo dell' essenza d' ogni privilegio di essere preferito alle ipoteche sebbene anteriormente iscritte, è trattato dal Persil (1), il quale dichiara, che la trascrizione atta a conservare il privilegio del venditore non può e non deve servire a misurarne il grado essenzialmente preferibile a tutte le ipoteche iscritte dopo la vendita a carico del compratore anteriormente alla trascrizione. A questa questione non ha lasciato luogo il Regolamento Pontificio, il quale dichiara nel citato § 96 che il privilegio attribuisce all'alienante il diritto di essere soddisfatto sugli immobili alienati in preferenza ai creditori dell' acquirente, abbenchè anteriori.

Sebbene il citato § 96 disponga che la trascrizione fatta dall' acquirente conserva il privilegio del venditore, stabilisce però il § 188, ad imitazione sempre dell' articolo 2108 del Codice Napoleone, che il Conservatore delle Ipoteche, nel trascrivere l'atto di alienazione, dovrà iscrivere per uffizio la ipoteca in favore dell' alienante pel totale o pel residuo del prezzo, e per gli obblighi e pesi assunti dall' acquirente, ed in favore di chiunque abbia sborsato danaro in pagamento del prezzo convenuto. Ma lo stesso § 188 dispensa da tale iscrizione il Conservatore, se a lui viene presentato un altro atto pubblico, da cui risulti che fu pagato il prezzo, e che gli obblighi e pesi furono adempiuti.

L'articolo 2108 del Codice Napoleone obbliga il Conservatore a fare *ex officio* la iscrizione del privilegio del venditore *sotto pena di tutti i danni ed interessi verso i terzi*, e così la omissione del Conservatore non nuoce mai al venditore, il cui contratto fu trascritto. Neppure sotto il Regolamento Pontificio la omissione del Conservatore può nuocere al venditore, perchè giusta il § 96 la trascrizione fatta dall' acquirente gli conserva il privilegio. Ma i terzi potranno ripetere l' emenda dei danni, di cui fu loro causa la omissione del Conservatore, all'appoggio del § 253, il quale dispone che i Conservatori sono tenuti pe' danni derivanti *dalle omissioni nei registri delle trascrizioni degli atti, e delle iscrizioni richieste al loro uffizio.* Se sono i Conservatori tenuti pei danni cagionati dalle omissioni delle trascrizioni e delle iscrizioni dimandate dai terzi, per la stessa ragione devono essere risponsabili dei danni derivanti dalla omissione di

(1) Art. 2108, n. 22.

una iscrizione che essi medesimi per dovere del loro uffizio doveano accendere.

Il § 96 del Regolamento Pontificio dispone semplicemente che la trascrizione fatta dall'acquirente conserva il privilegio dell'alienante, nè fissa alcun termine, entro il quale debba farsi questa trascrizione conservatrice del privilegio. Ma da questo silenzio intorno al termine, entro cui la trascrizione debba farsi, nessuno può nascere degli inconvenienti gravissimi che derivano dalla disposizione dell'articolo 2108 del Codice Napoleone. Imperocchè secondo le massime del Codice Napoleone, come si disse (1), la trascrizione del contratto di alienazione non era necessaria alla traslazione del dominio, ed era una semplice formalità preparatoria del giudizio di purgazione che dall'acquirente si poteva compiere in qualunque tempo ed anche omettere. Venti o trent'anni dopo l'acquisto il compratore faceva la trascrizione del suo contratto, e questa tanto tardiva trascrizione bastava a conservare il privilegio del credito non prescritto del venditore preferibile a tutte le ipoteche nel lungo intervallo iscritte a carico del compratore. Al contrario i §§ 183 e 189 del Regolamento Ipotecario Pontificio, richiamando a nuova vita la massima già sancita dalla famosa Legge repubblicana 11 brumaio anno 7, dispongono che gli atti di alienazione dei beni capaci d'ipoteca devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione, e che l'alienazione non produce effetto, quanto ai terzi, fintantochè l'atto pubblico o privato non è trascritto nei registri ipotecarj. Ond'è che secondo la provvidissima Legge Pontificia il compratore, che vuole acquistare il dominio della cosa comprata e che vuole che il suo contratto abbia effetto in faccia ai terzi, è da una inevitabile necessità costretto a fare la trascrizione; e così nello stesso momento, che è quello appunto della fatta trascrizione, in cui il compratore ha acquistato col dominio la facoltà di disporre dell'immobile comprato e di ipotecarlo ai suoi creditori, il privilegio del venditore trovasi debitamente conservato. Egli è perciò che il Codice Napoleone dispone nell'articolo 2108 che il venditore conserva il suo privilegio mediante la trascrizione del titolo che ha trasferito la proprietà nel compratore, e poscia aggiunge, che per tale effetto la trascrizione fatta dal compratore terrà luogo d'iscrizione per il venditore; laddove il § 96 del Regola-

(1) N. 380, pag. 121.

mento Pontificio dispone semplicemente che la trascrizione fatta dall' acquirente conserva il privilegio dell' alienante. Secondo le massime del Codice Napoleone il compratore divenuto proprietario dell' immobile in grazia del semplice contratto può omettere la trascrizione, e allora il venditore per conservare il suo privilegio o deve iscriverlo, o fare esso stesso la trascrizione del contratto. Secondo le massime della Legge Pontificia, se il compratore non fa la trascrizione, il venditore non ha bisogno di farla esso stesso per conservare il privilegio, perchè prima della trascrizione fatta dal compratore è ancora in faccia ai terzi il proprietario dell' immobile venduto; ed è perciò sempre la trascrizione fatta dal compratore quella che conserva il privilegio del venditore.

Non avendo il Regolamento legislativo Pontificio alcuna disposizione relativa all' azione resolutoria, restano ferme le massime del Diritto Comune.

432. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* il quale nell' articolo 32 dispone che i privilegi, in quanto risguardano i beni immobili, non operano i loro legali effetti se non vengono iscritti sui registri dei Conservatori delle Ipoteche, assegna nell' articolo 37 per la iscrizione dei privilegi un termine di giorni 30, che rispetto al venditore e al sovventore del danaro per la compra si conta dal dì dell' istrumento pubblico, o dalla data materiale dell' atto privato di vendita. Il modo dunque, onde si conserva il privilegio del venditore secondo la Legge Toscana, è quello che è comune agli altri privilegi, ossia l' iscrizione, e non già la trascrizione, e la disposizione dell' articolo 37 ora citato è pienamente conforme all' articolo 2153 del Codice di Parma.

La lodata Legge Toscana poi conformemente alla savissima disposizione del sopra citato articolo 1661 del Codice di Sardegna (1), non solo nega al venditore pel prezzo non pagato l' azione resolutoria legale, ma nell' articolo 17 n° 5° dispone assolutamente che il riservo del dominio stipulato nel contratto di alienazione, qualunque sia la formula della stipulazione, non opera mai effetti maggiori o diversi dal privilegio accordato al venditore, quando riguarda eventi e casi di mancanza del compratore al pagamento del prezzo.

(1) N. 430, pag. 231.

433. Il Codice di Modena, come altra volta fu detto (1), dispone negli articoli 2103 e 2110 che tutti gli atti tra vivi traslativi o dichiarativi della proprietà immobiliare debbono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione, e che sino a che i detti atti traslativi o dichiarativi di proprietà non sono trascritti, non sortono verun effetto riguardo ai terzi. Dispone inoltre nell'articolo 2109 che il Conservatore debba iscrivere d'uffizio il credito dell'alienante: « *In ogni caso lo stesso Conservatore deve inscrivere d'uffizio l'ipoteca a favore dell'alienante pel prezzo insoluto e per gli obblighi e pesi assunti dall'acquirente, ed a favore di chiunque altro che abbia sborsato denaro in pagamento del prezzo convenuto. Tale inscrizione non ha luogo, se viene presentato al Conservatore un altro atto autentico da cui risulti che fu pagato il prezzo, e che gli obblighi e pesi furono adempiuti.* » Avendo pertanto il Codice di Modena imposto, come fa anche il Codice Napoleone, al Conservatore l'obbligo della iscrizione d'uffizio a favore dell'alienante, dispensa nell'articolo 2142 l'alienante dal peso della iscrizione a cui sono tenuti gli altri creditori privilegiati: « *La trascrizione degli atti menzionati nell'articolo* 2103 *sta in luogo della inscrizione, dalla quale sono pure dispensati tutti coloro, in pro dei quali deve inscrivere d'uffizio il Conservatore delle Ipoteche, giusta il disposto nell'altro articolo* 2109. » Onde si vede che sebbene il Codice di Modena siasi attenuto, quanto al modo di conservare il privilegio del venditore, alla disposizione dell'articolo 2108 del Codice Napoleone, nessuno può nascere degli inconvenienti, a cui lasciò luogo in pregiudizio dei terzi l'allegata disposizione dell'articolo 2108 del detto Codice; e ciò perchè nello stesso momento, in cui l'acquirente acquista il dominio e col dominio la facoltà d'ipotecare l'immobile che gli fu alienato, rimane *ipso jure* conservato e reso pubblico il privilegio dell'alienante. Il sistema pertanto del Codice di Modena consuona su questo punto con quello savissimo del Regolamento Ipotecario Pontificio, di cui or ora abbiamo fatto parola (2).

Il Codice Napoleone lasciò vivo il dubbio, se e da chi dovesse rinnovarsi la iscrizione accesa d'uffizio dal Conservatore a favore del venditore, dubbio che fu tolto, come si disse, da un

(1) N. 384, pag. 132.
(2) N. 431, pag. 232.

Parere del Consiglio di Stato del 22 gennaio 1808. A questo dubbio non lasciarono luogo i Compilatori del Codice di Modena, il quale nell'articolo 2146 saviamente dispone che « *I privilegi, inscritti una volta, conservano la loro efficacia per tutto quel tempo che sono esercibili a termini di ragione.* »

Quanto poi all'azione resolutoria, il Codice di Modena stabilisce nell'articolo 1235, che la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione, *salvo il disposto dell'articolo* 1557. Il quale articolo 1557, a cui si accenna nel citato articolo 1235, dispone ciò che segue: « *Il venditore di uno stabile non può chiedere la risoluzione della vendita per motivo che il prezzo non gli sia stato pagato; salvo un patto specifico ed espresso in contrario. Questo patto non è esercibile se non che entro un quinquennio dalla trascrizione del rogito o scrittura di contratto.* » Il Codice di Sardegna, quando si tratta del contratto di vendita, nega, come si disse (1), al venditore l'azione resolutoria tanto legale, quanto convenzionale; laddove il Codice di Modena nel citato articolo 1557 nega l'azione resolutoria legale, ed ammette l'azione resolutoria convenzionale, ossia dipendente da un patto specifico ed espresso. L'azione resolutoria concessa dal Codice Napoleone al venditore indipendentemente dal privilegio ed anzi non ostante l'estinzione e la perdita del privilegio, è male, come si è detto (2), di tale e tanta gravezza, che perfino i più caldi difensori delle Leggi Napoleoniche l'hanno acremente biasimata, e non si sono rimasti dall'implorarne dal senno dei moderni legislatori l'abolizione. Mise mano alla riforma da tanto tempo desiderata e invocata su questo punto l'Assemblea legislativa della Repubblica Francese sotto il Governo del Presidente Luigi Napoleone; ma la parola autorevole e potente di un Crémieux e di altri valenti oratori, troppo ossequiosi alle disposizioni del Codice Civile onde è retta la Francia, fu causa che il male non fosse tolto dalla sua radice, che la riforma fosse incompleta, e che al Progetto Vatimesnil di assoluta e radicale abolizione fosse dall'Assemblea, come si disse (3), preferito il languido ed inefficace rimedio proposto dal Ministro Rouher. Sia lode

(1) N. 430, pag. 231.
(2) N. 426, pag. 217.
(3) N. 427, pag. 228.

adunque ai Compilatori del Codice di Modena, che rigettando la fatale disposizione dell'articolo 1654 del Codice Napoleone, la quale accorda al venditore non soddisfatto del prezzo il diritto di domandare che la vendita venga disciolta, e richiamando in vita i principj più sani dell'antica Giurisprudenza Romana, la quale negava assolutamente l'azione resolutoria al venditore che trasferì *habita fide de pretio* irrevocabilmente nel compratore il dominio della cosa venduta, abolirono radicalmente l'azione resolutoria legale.

Io, che sono partigiano, e il dirò francamente, dell'abolizione assoluta dell'azione resolutoria tanto legale quanto convenzionale, credo che i Compilatori del Codice di Modena avrebbero fatta ottima cosa e al credito fondiario utilissima adottando interamente la disposizione dell'articolo 1661 del Codice di Sardegna, il quale non solo nega al venditore di uno stabile pel motivo che il prezzo non fu pagato il diritto di chiedere la risoluzione della vendita, ma dichiara altresì che ogni convenzione in contrario si avrà per non apposta. Ma a dir vero la savia restrizione, onde fu vincolato l'esercizio del patto *specifico ed espresso* dell'azione resolutoria permesso dal citato articolo 1557, esercibile soltanto entro un quinquennio dalla trascrizione del rogito o scrittura di contratto, toglie ogni motivo di giusta critica, e scusa i Compilatori del Codice di Modena, se vollero rispettare la legittima libertà delle convenzioni, e rendere omaggio alle massime sempre venerande dell'antica Romana Giurisprudenza, che permetteva nelle vendite il patto o legge *commissoria* (1). Anche il Progetto Ministeriale presentato all'Assemblea legislativa della Repubblica Francese proponeva, come si disse (2), l'abolizione dell'azione resolutoria legale permettendo semplicemente l'esercizio dell'azione stessa quando fosse stata per patto stipulata nel contratto di vendita, e questa riforma non fu tenuta in alcuna considerazione, e giudicata inutile ed inefficace per la ragione che il patto dell'azione resolutoria si sarebbe convertito in una clausola di stile, che non sarebbe mai stata omessa nei contratti di alienazione. I Notari onesti, illuminati, e dotti della scienza del Diritto, i Notari che sanno le conseguenze importantissime derivanti dal patto commissorio, che ha forza di sciogliere il contratto di

(1) Lib. 18, D. tit. 3, *De lege commissoria*.
(2) N. 427, pag. 223.

vendita, ben si guarderanno dal tradire la buona fede e l'ignoranza di un inesperto compratore coll'inserire una clausola che racchiudesse il patto commissorio non consentito dalla volontà delle parti. E Dio voglia che i Notari perdano una volta il mal vezzo di infrascare i rogiti di clausole e formole, di cui nel più dei casi le parti ignorano il significato, l'importanza e le conseguenze, e vogliano strettamente e scrupolosamente attenersi ai soli patti stipulati dalla volontà dei contraenti! Senza bisogno dell'aiuto di un Gneo Flavio, *qui cornicum oculos confixerit* (1), sono oramai noti i misteri delle clausole notarili, e le moderne legislazioni hanno la Dio mercè cessato il bisogno e reso, non che inutile, ridicolo l'uso di dette clausole, delle quali si può ripetere ciò che Cicerone diceva delle formole degli antichi Romani Giureconsulti: « quæ dum erant occulta, necessario ab eis, qui ea tenebant, petebantur: postea vero pervulgata, atque in manibus jactata et excussa, inanissima prudentiæ reperta sunt, fraudis autem et stultitiæ plenissima (2). » Ad ogni modo all'imperizia e mala fede dei Notari, che abusando la facoltà lasciata ai contraenti di stipulare il patto commissorio, convertissero il patto stesso in clausola di stile riparò la disposizione del citato articolo 1557 del Codice di Modena prescrivendo che il patto medesimo dovesse sempre essere *specifico ed espresso.* Ma questa d'altronde savissima prescrizione, atta ad impedire l'abuso di una clausola di stile che potesse essere sostituita alla stipulazione del patto commissorio, non avrebbe bastato a scemare i pericolosi effetti della facoltà illimitata lasciata ai contraenti di convenire la risoluzione della vendita. E però saggiamente ordinarono che il detto patto commissorio permesso colla citata disposizione dell'articolo 1557 non potesse essere esercibile se non che entro un quinquennio dalla trascrizione del rogito o scrittura del contratto. La saggezza e la utilità di questa restrizione si mostrano con tutta evidenza. Lo stesso Crémieux, caldo sostenitore dell'azione resolutoria, voleva, come fu avvertito più sopra, che fosse ristretta entro certi limiti convenienti e ragionevoli, e però che non potesse esercitarsi dieci anni dopo la scadenza dell'ultimo termine del pagamento del prezzo (3).

(1) Cic., Pro L. Murena, cap. 12.
(2) Pro L. Murena, cap. 12.
(3) N. 427, pag. 228.

Articolo 2109.

Il coerede, o il condividente conserva il suo privilegio sui beni di ciascuna porzione, e sopra i beni posti all'incanto, per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni stesse, o pel prezzo della licitazione, mediante l'inscrizione fatta a sua istanza entro sessanta giorni computabili dall'atto della divisione o dell'aggiudicazione col mezzo della licitazione; durante il qual tempo non ha luogo alcuna ipoteca sui beni gravati per il conguaglio od aggiudicati col mezzo della licitazione, in pregiudizio del creditore del conguaglio medesimo o del prezzo.

434. Secondo la regola generale stabilita dall'articolo 2106 i privilegi sopra gl' immobili non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione sui registri del Conservatore delle Ipoteche. Da questa regola generale si allontanò il legislatore riguardo al venditore, il cui privilegio può essere conservato colla semplice trascrizione del contratto fatta dall'acquirente. Il privilegio accordato ai coeredi e ai condividenti è soggetto alla regola generale, e deve essere reso pubblico mediante l'iscrizione dagli stessi coeredi e condividenti che vogliono conservarlo. Perciò dice l'articolo 2109 che il coerede o il condividente conserva il suo privilegio mediante l'iscrizione *fatta a sua istanza*. I coeredi e i condividenti, come fu detto a suo luogo (1), hanno il privilegio per tre titoli, cioè pel caso d'evizione dei beni tra essi divisi, per le compensazioni o per il conguaglio delle porzioni ereditarie, e finalmente pel prezzo della licitazione. L'articolo 2109 stabilisce semplicemente che il coerede o il condividente conserva il suo privilegio mediante la iscrizione fatta a sua istanza per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni ereditarie o pel prezzo della licitazione, e tace del caso di evizione dei beni divisi, sebbene pel caso d'evizione dei beni divisi accordi espressamente l'articolo 2103 n° 3° ai coeredi il pri-

(1) N. 331, pag. 58.

vilegio. Questa omissione, certamente non lodevole, del legislatore, è stata cagione di dispute tra gl' Interpreti del Diritto Francese, e di giudiziali contestazioni. Delvincourt (1) p. e. ha preteso di sostenere, che in forza del silenzio dell' articolo 2109 sul caso di evizione non sia a questo caso applicabile la disposizione del detto articolo 2109, ma debbasi ricorrere alla più larga disposizione dell' articolo 2108. Bizzarra opinione invero, di cui l' errore e la stranezza saltano agli occhi di chiunque! L' articolo 2108 determina il modo di pubblicità del privilegio del venditore, e la divisione, come tutti sanno, è un atto essenzialmente diverso dal contratto di vendita e massimamente secondo le massime del Codice Napoleone, il quale stabilisce nell' articolo 883, che ogni coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota o a lui pervenuti per licitazione, e che non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditarj. D' altra parte l' articolo 2108, sebbene determini il modo di pubblicità del privilegio del venditore, riguarda però il solo credito competente allo stesso venditore pel prezzo della vendita, e punto non contempla e contemplare non può il diritto spettante al compratore pel caso di evizione, pel qual titolo non è accordato al compratore alcun privilegio. Come dunque al privilegio spettante al coerede pel caso di evizione si potrebbe applicare la disposizione dell' articolo 2108, che contempla esclusivamente un privilegio che deriva da un contratto di natura diversa dagli atti di divisione, e che neppure contempla il diritto, che non è privilegiato, spettante al compratore pel caso di evizione della cosa comprata, ma unicamente il privilegio del venditore pel pagamento del prezzo? Anche la Corte di Liège con Decreto del 9 marzo 1818, citato e contraddetto dal Troplong (2), decise che il privilegio del coerede per garanzia della evizione può essere iscritto dopo il termine dei 60 giorni assegnato ai coeredi dall' articolo 2109 per iscrivere il privilegio spettante per i conguagli e pel prezzo della licitazione, e che anche iscritto dopo il detto termine ha diritto di essere preferito ai creditori ipotecarj iscritti nell' intervallo corso tra la data dell' atto di divisione e la iscrizione del coerede. È veramente da stupire che

(1) T. 2, p. 153, not.
(2) Art. 2109, n. 291.

un Tribunale abbia potuto dare all' articolo 2109 una si torta ed erronea interpretazione. Bisogna assolutamente o negare al coerede ogni privilegio pel caso di evizione dei beni divisi, o applicare anche a questo caso la disposizione dell' articolo 2109, dovendo tutti i privilegi sugli immobili essere iscritti ad eccezione soltanto dei crediti specificati nell' articolo 2101, espressamente dispensati dalla iscrizione colla disposizione dell' articolo 2107, e del privilegio del venditore, che in forza dell' articolo 2108 può essere conservato mediante la trascrizione del contratto. Non si può negare ai coeredi il privilegio pel caso di evizione dei beni divisi, perchè per questo titolo è loro dall' articolo 2103 nº 3° espressamente accordato. È dunque forza anche a questo caso applicare la disposizione dell' articolo 2109. Questi due articoli, come notai altra volta (1), 2103 nº 3° e 2109, devono intendersi e interpretarsi l' uno col sussidio dell' altro, avendo l' uno tale dipendenza e connessione coll' altro che il Giureconsulto non può in alcuna maniera slegarli e dividerli. Così vediamo che l' articolo 2109, che tace del caso di evizione dei beni divisi, fa parola del privilegio spettante ai coeredi pel prezzo della licitazione da conservarsi mediante l' iscrizione come quello competente per l' altro titolo espresso delle compensazioni e dei conguagli. Eppure l' articolo 2103 nº 3°, che indica i titoli pei quali ai coeredi compete il privilegio, fa parola soltanto del caso della evizione e dell' altro titolo delle compensazioni e dei conguagli, e non fa alcuna menzione del prezzo della licitazione. Si dirà dunque che pel prezzo della licitazione non hanno i coeredi alcun privilegio, perchè l' articolo 2103 nº 3° accorda semplicemente il privilegio pel caso di evizione e per le compensazioni e per il conguaglio delle porzioni ereditarie? No certamente, perchè non si può conservare un diritto che non compete. Al difetto dunque e alla omissione dell' articolo 2103 nº 3°, che non fa parola del prezzo della licitazione, supplisce la disposizione dell' articolo 2109, che autorizza il coerede a conservare mediante la iscrizione il privilegio anche pel prezzo della licitazione. Per la stessa ragione alla omissione dell' articolo 2109; che assegna al coerede il modo di conservare il privilegio pel titolo delle compensazioni e pel prezzo della licitazione senza far parola del caso della evizione, deve supplire la disposizione dell' articolo 2103 nº 3°, che nell' indicare i

(1) Pag. 56, n. 330.

titoli, per cui al coerede compete il privilegio, fa menzione espressa del caso di evizione. Altrimenti, se non si volesse ammettere questa interpretazione dell' articolo 2109 fatta col sussidio dell' articolo 2103 n° 3°, e si volesse stare rigorosamente alle parole di quest' articolo 2109 contro la nota regola di Diritto stabilita dalla L. 17, D. *De legibus:* « *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem;* » ne verrebbe questa conseguenza, che la legge avrebbe accordato ai coeredi colla disposizione dell' articolo 2103 n° 3° il privilegio pel caso della evizione dei beni divisi, e non avrebbe poi prescritto il modo di conservarlo. Non potendosi adunque applicare al privilegio del coerede pel caso di evizione nè la disposizione dell' articolo 2108 che contempla espressamente il privilegio del venditore, nè quelle degli articoli 2110 e 2111 che si riferiscono esclusivamente, l' uno al privilegio degli architetti, l' altro a quello dei creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, è forza il concludere che il coerede per la conservazione del privilegio che gli accorda l' articolo 2103 n° 3° pel caso di evizione dovrà uniformarsi alla disposizione dell' articolo 2109 che contempla esclusivamente il privilegio dei coeredi e condividenti (1).

435. Quando uno dei coeredi è creditore verso l' altro del prezzo della licitazione, alcuni Interpreti hanno pensato, che in questo caso la divisione è una vera vendita, e che di conseguenza il privilegio si può conservare anche colla trascrizione dell' atto di aggiudicazione, come prescrive l' articolo 2108 pel venditore. Questa opinione non è assolutamente ammissibile. Quando l' immobile da dividersi è aggiudicato ad uno dei coeredi, l' aggiudicazione, come fu detto un' altra volta (2), non è una vendita, ma una vera divisione compita col mezzo della licitazione, e non può in alcuna maniera il coerede giovarsi della disposizione dell' articolo 2108, che riguarda esclusivamente il privilegio del venditore. D' altra parte l' articolo 2109 non dichiara in termini chiari, che il coerede *pel prezzo della licitazione* conserva il privilegio *sopra i beni posti all' incanto* mediante la iscrizione fatta a sua istanza entro 60 giorni computabili dall' atto *dell' aggiudicazione col mezzo della licitazione?* Come dunque a fronte della espressa disposizione dell' articolo 2109 si potranno applicare al prezzo della

(1) Persil, art. 2109, n. 3. Troplong, art. 2109, n. 291.

(2) Pag. 56, n. 330.

licitazione il privilegio del venditore e il modo di pubblicità al solo venditore permesso? Non bisogna confondere l'aggiudicazione fatta a favore di un estraneo con quella che col mezzo della licitazione viene fatta a favore di uno dei coeredi. Nel primo caso ha luogo una vera vendita dell'immobile comune fatta dai coeredi all'estraneo, i quali hanno contro l'estraneo stesso aggiudicatario il privilegio che l'articolo 2103 n° 1° accorda ai venditori, e lo conservano nel modo prescritto dall'articolo 2108. Ma quando l'aggiudicazione col mezzo della licitazione è fatta in favore di uno dei coeredi, allora l'aggiudicazione non essendo che un modo di divisione, non può competere al coerede o coeredi che fanno l'aggiudicazione che il privilegio concesso dall'articolo 2103 n° 3° ai coeredi e condividenti, il quale deve essere reso pubblico e conservato nel modo prescritto dall'articolo 2109 (1).

436. Se tutti gli eredi sono presenti e in età maggiore, la divisione secondo l'articolo 819 può farsi in quella forma e con quell'atto che le parti interessate crederanno conveniente. E siccome nè l'articolo 2103 n° 3°, nè l'articolo 2109 fanno dipendere il privilegio dei coeredi e condividenti dalla autenticità dell'atto di divisione, così si può ritenere con tutta certezza, che i coeredi e condividenti potranno iscrivere il loro privilegio all'appoggio di una privata scrittura di divisione (2).

437. Il venditore, sì veramente che sia stata fatta la trascrizione del contratto, non ha bisogno d'iscrivere il suo privilegio. La trascrizione fatta dal compratore tiene luogo d'iscrizione per il venditore. È raro il caso che il compratore, ancorchè non voglia intraprendere il giudizio di purgazione, non faccia almeno la trascrizione del suo contratto, come quella che di per sè sola purga il fondo dai privilegi ed ipoteche non iscritte entro i 15 giorni dalla medesima. Finchè il compratore non ha trascritto il suo contratto, ed anzi non sono passati i 15 giorni dalla stessa trascrizione, è sempre minacciato dal pericolo che sieno accese sul suo fondo iscrizioni di privilegi o d'ipoteche nate anteriormente alla alienazione. Se un compratore non è stolto fa sempre la trascrizione, ed è quindi raro il caso che il venditore per conservare il suo privilegio si trovi nella necessità d'iscrivere lo stesso privilegio o di fare esso la trascrizione del contratto. Al

(1) Troplong, art. 2109, n. 291.
(2) Troplong, art. 2109, n. 292. Persil, art. 2109, n. 1.

contrario la iscrizione del coerede o condividente deve sempre essere fatta *a sua istanza,* quand'anche l'altro coerede facesse la trascrizione dell'atto di divisione, non potendo sostituirsi al modo di pubblicità scelto dalla legge pel privilegio dei coeredi quello che in via di eccezione fu adottato pel solo venditore (1).

438. La legge non fissa alcun termine al venditore, nel caso che il compratore non faccia la trascrizione del contratto, a dare pubblicità al suo privilegio, il quale perciò in forza della disposizione del più volte citato articolo 834 del Codice di Procedura può essere efficacemente conservato non solo finchè l'immobile venduto è nelle mani del compratore, ma anche entro 15 giorni dalla trascrizione fatta da un secondo acquirente. Al contrario i coeredi e condividenti vengono dalla più saggia disposizione dell'articolo 2109 obbligati ad iscrivere il loro privilegio entro 60 giorni computabili dall'atto della divisione o dell'aggiudicazione. Se è giusto ed equo che la legge accordi ad alcuni crediti degni di favore e protezione un privilegio, è giusto altresì che la legge non favorisca l'incuria e negligenza del creditore privilegiato con danno e pregiudizio dei terzi. Altrimenti la pubblicità a cui furono dalla legge sottoposti anche i privilegi, destinata a fare avvisati i terzi dei pesi ed oneri reali onde i fondi sono gravati, sarebbe una fallace e bugiarda promessa del legislatore e mancherebbe allo scopo pel quale fu introdotta. E fallì veramente alle promesse sue il legislatore rispetto al privilegio del venditore, al quale non fu assegnato un termine a dargli pubblicità. Chi è che voglia contrattare e far prestiti con un possessore di un immobile, a carico del quale possa comparire anche dopo molti anni l'iscrizione del privilegio del venditore, il quale è sempre in tempo a dar pubblicità al suo privilegio finchè l'immobile è nelle mani del suo compratore? Al contrario quando al creditore privilegiato è assegnato un termine, come al coerede, ad iscrivere il suo privilegio, passato questo termine, nessuno può più essere tratto in inganno, nessuno può temere il pericolo di una serotina iscrizione, che vinca di preferenza le iscrizioni ipotecarie a lei anteriori.

439. Dispone l'articolo 2109 che i 60 giorni, entro i quali il coerede deve inscrivere il suo privilegio, sono computabili dall'atto della divisione o dell'aggiudicazione. Qui nascono due dubbj, 1° se il

(1) Troplong, art. 2109, n. 290.

sessantesimo giorno debba computarsi nel termine; 2° se il calcolo dei 60 giorni debba cominciarsi il giorno dopo l'atto della divisione o dell'aggiudicazione, o se debba comprendersi nel termine dei 60 giorni lo stesso giorno in cui seguì la divisione o l'aggiudicazione. Il primo dubbio è di facilissima soluzione. Imperocchè è oramai una regola di Diritto pacificamente ammessa dai Dottori e confermata da parecchie Decisioni, che quando la legge vuole che un atto qualunque si faccia entro un termine da essa assegnato, l'ultimo giorno, ossia il giorno *ad quem*, deve computarsi nel termine, e che spirato l'ultimo momento di quest' ultimo giorno l'atto non può più efficacemente eseguirsi (1). Questa regola trova un appoggio nella L. 1, § 9, D. *De successor. edic.*, dove Ulpiano insegna come debbano computarsi i 100 giorni, entro i quali deve dimandarsi il possesso dei beni: « Quod dicimus, *intra dies centum bonorum possessionem peti posse*, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit. » L' accennata regola trova pure un appoggio nella L. 133, D. *De verbor. sign.*, che porta un responso dello stesso Ulpiano: « Si quis sic dixerit, ut intra diem mortis ejus aliquid fiat: ipse quoque dies, quo quis mortuus est, numeratur. » Colla scorta anche noi della regola anzi detta crediamo di poter dire con sicurezza che l' ultimo dei 60 giorni assegnati al coerede è compreso nel termine, e che spirato l' ultimo istante del giorno sessantesimo, non è più in tempo il coerede a conservare colla iscrizione il suo privilegio (2). È nel termine e non dopo il termine dei 60 giorni, che il coerede deve fare la iscrizione del suo privilegio.

440. Il Troplong (3), che appoggiato semplicemente alla regola — *Dies termini computatur in termino* — scioglie il dubbio or ora accennato comprendendo nel termine il giorno sessantesimo, non trova egualmente facile la soluzione dell' altro dubbio, se il calcolo dei 60 giorni debba cominciarsi lo stesso giorno della di-

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1841, dec. della Corte R. di Firenze del 14 luglio 1841, pag. 504, par. 2. Anno 1842, dec. della Corte R. di Firenze, del 28 maggio 1842, pag. 535, p. 2. Anno 1845, dec. della Corte di Cassaz. di Firenze del 14 agosto 1845, pag. 531, p. 1. — Voet, lib. 2, tit. 12, n. 14.

(2) Troplong, art. 2109, n. 293.

(3) Art. 2109, n. 293 sino al n. 314 bis.

visione, o pure il giorno successivo, e prende occasione da questo dubbio per fare con molto lusso di dottrina una lunga dissertazione sulla questione agitata tra i Dottori e i Forensi, se il giorno *a quo* debba o no essere compreso nel termine assegnato dalla legge o dal Giudice per fare un qualche atto. Termina il Troplong questa sua dissertazione, che egli stesso chiama assai lunga (1), *je ne puis me dissimuler que cette dissertation ne soit fort longue,* col dire che il giorno *a quo* non deve mai essere compreso nel termine, a meno che il legislatore non abbia chiaramente manifestata la intenzione contraria, e applicando questa massima al caso speciale dell'articolo 2109 conclude che il giorno della divisione o della aggiudicazione deve essere escluso dal numero dei 60 giorni assegnati al coerede. Io non credo necessario seguire l'esempio del Troplong, che mi trarrebbe fuori troppo dei confini del mio lavoro, e mi rimango perciò dal considerare la questione in astratto che si fa dai Dottori intorno al giorno, dal quale debba incominciare il termine assegnato. Mi limito a notare che il Voet (2), la cui autorità è di sì grave peso, è tra quelli che escludono dal termine il giorno *a quo:* « Si intra triduum ex quo quid factum gestumve fuerit, jubeatur quis vel intercedere, vel sese sistere, aut aliud quid agere; verius est ipsum illum diem, quo quid gestum, aut quo decretum dilationis interpositum fuit, non esse connumerandum, sed praeter illum diem tres alios arbitrio ejus, qui dilationem impetravit, relictos esse; sic ut quarto ejusdem mensis die recte impleat ea, ob quæ dilatio data fuerit. » A me pare che nel caso speciale, prescindendo anche dalla questione considerata in astratto, dal numero dei 60 giorni, come saviamente opina il Troplong, debba escludersi il giorno della divisione o dell'aggiudicazione. Imperocchè le espressioni dell'articolo 2109 — *dall' atto della divisione o dell' aggiudicazione* — importano chiaramente che dopo l'atto della divisione e non con l'atto della divisione debbono i 60 giorni computarsi. Vuole la legge che il termine dei 60 giorni sia utile e intero a profitto del coerede, e quando il giorno della divisione o dell'aggiudicazione dovesse essere compreso nel termine, potrebbe avvenire che il coerede avesse non 60 ma soli 59 giorni ad iscrivere il suo privilegio, quando l'atto della divisione o del-

(1) Art. 2109, n. 313 e 314.
(2) Lib. 2, tit. 12, n. 14.

l'aggiudicazione fosse fatto pochi minuti prima del morire del giorno.

441. Se la divisione è fatta per atto autentico, i 60 giorni saranno certamente computabili dal dì dell' atto. Ma se la divisione sarà fatta con scrittura privata, nasce il dubbio, se i 60 giorni saranno computabili dalla data materiale dell' atto, o dal giorno in cui la scrittura acquistò data certa. Dispone l'articolo 1328 che la data delle scritture private non è computabile *riguardo ai terzi* che dal giorno in cui sono state registrate, dal giorno della morte di colui o di uno di quelli che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata da atti stesi da officiali pubblici. Non è in faccia ai contraenti, ma *riguardo ai terzi* che la data materiale della scrittura privata non è attendibile, e fra quelli che l' hanno sottoscritta la scrittura privata, come dispone l' articolo 1322, ha la stessa fede dell' atto autentico. Chi deve iscrivere il privilegio? Il coerede. All' appoggio di quale atto deve il coerede fare l' iscrizione? All' appoggio della scrittura di divisione, che per lui e gli altri coeredi ha la stessa forza di un atto autentico. Per interesse di chi il coerede deve fare la iscrizione voluta dall' articolo 2109? Per l' interesse proprio, per conservare il diritto di privilegio che la legge gli accorda. È dunque chiaro che avendo la legge imposto al coerede l' obbligo d'iscrivere il privilegio entro un termine computabile dall' atto della divisione, il termine stesso dovrà correre da quel giorno, in cui l' atto è perfetto ed efficace pel coerede che deve fare la iscrizione, ossia dalla data materiale dell' atto stesso quando il medesimo sia una privata scrittura (1).

442. L' articolo 1075, conforme alle massime del Diritto Comune (2), dispone che i padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti. Ora dimandano gl' Interpreti del Diritto Francese da qual giorno sarà computabile il termine al coerede assegnato coll' articolo 2109 nel caso di divisione fatta dagli ascendenti. Il Troplong (3) scioglie questo dubbio colle seguenti brevi parole: « Lorsqu'il s'agit de partage d'ascendans, si le partage est fait

(1) Troplong, art. 2109, n. 314 bis. Persil, art. 2109, n. 7.
(2) Voet, lib. 10, tit. 2, n. 1.
(3) Art. 2109, n. 315.

par acte entre-vifs, le délai de 60 jours court de l'acceptation; s'il est fait par testament, le délai court du jour du décès. » Esaminiamo questo punto. Le divisioni, come dichiara l'articolo 1076, possono farsi dagli ascendenti per atto tra vivi o per testamento, colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti. È duopo dunque distinguere le divisioni fatte dagli ascendenti per atto tra vivi da quelle fatte per atto d' ultima volontà.

Quanto alle prime, le quali si regolano, come dispone l'articolo 1076 già citato, colle norme prescritte per le donazioni, è necessario premettere che secondo la disposizione dell' articolo 932 la donazione tra vivi non obbliga il donante, e non produce alcun effetto, se non dal giorno in cui sarà stata accettata in termini espressi, e che giusta l' articolo 939 quando si fa donazione di beni suscettibili d' ipoteche, deve eseguirsi negli officj delle ipoteche esistenti nel circondario in cui sono situati i beni la trascrizione degli atti contenenti la donazione e l' accettazione. Ciò premesso, i 60 giorni assegnati al coerede saranno computabili dalla data dell' atto di divisione fatta dall' ascendente, o dal giorno dell' accettazione fatta dai coeredi, o da quello della trascrizione? Non potranno certamente i 60 giorni essere computabili dalla data dell' atto di divisione, perchè come la donazione tra vivi giusta il citato articolo 932 non produce alcun effetto se non dal giorno in cui fu accettata in termini espressi; per la stessa ragione non può produrre alcun effetto prima della accettazione la divisione fatta per atto tra vivi dagli ascendenti, come quella che in forza della citata disposizione dell' articolo 1076 si regola colle norme e condizioni prescritte per le donazioni tra vivi. Ma neppure i 60 giorni devono essere computabili dal giorno della trascrizione. Imperocchè come la donazione tra vivi giusta l' articolo 938 accettata nelle forme è perfetta mediante il solo consenso delle parti, e la mancanza di trascrizione giusta l' articolo 941 può sola opporsi dagli aventi interesse, eccettuati coloro che hanno l' obbligo di farla eseguire, ed eccettuato pure il donatore; per la stessa ragione la divisione fatta dall' ascendente per atto tra vivi ed accettata dai discendenti rimane perfetta anche prima della trascrizione, la mancanza della quale non potrà essere opposta nè dall' ascendente, nè dai discendenti. E siccome l' articolo 2109 fa decorrere il termine dei 60 giorni as-

segnato al coerede *dall'atto della divisione*, ossia dal giorno in cui la divisione rimane perfetta tra le parti; così non si può non tenere per vera la opinione del Troplong, il quale nel caso di divisione fatta da un ascendente per atto tra vivi computa i 60 giorni del termine assegnato per la iscrizione del privilegio dal giorno dell' accettazione della stessa divisione fatta dai coeredi, perchè da quel giorno la divisione stessa ha acquistato in faccia ai coeredi, contro i quali si vuol iscrivere il privilegio, tutta la sua efficacia e perfezione. Il coerede che vuole esercitare il privilegio derivante dalla divisione fatta per atto tra vivi dall' ascendente con chi può trovarsi in conflitto? Non certamente coi creditori dell' ascendente, i quali hanno prima della trascrizione potuto legalmente acquistare dei diritti sui beni caduti nella divisione, come se questa non fosse mai stata fatta o non fosse mai stata accettata. Il coerede esercitando il suo privilegio non può trovarsi in conflitto che coi suoi coeredi e cogli aventi causa da questi, rispetto ai quali gli effetti della divisione si misurano appunto dal giorno in cui la divisione stessa fu accettata, ossia ebbe il suo compimento, e non dal giorno della trascrizione, voluta per l'interesse soltanto dei terzi che contrattarono coll' ascendente dopo la divisione. È dunque giusto che dal giorno in cui la divisione rimase perfetta in faccia ai coeredi, contro i quali deve farsi la iscrizione, ossia dal giorno in cui il privilegio ebbe vita, debbano computarsi, senza alcun riguardo al giorno della trascrizione, i 60 giorni assegnati dall'articolo 2109 al coerede per la iscrizione del suo privilegio (1). E qui non è fuor di proposito l' avvertire che sebbene la divisione fatta dall' ascendente debba per l' interesse dei terzi essere trascritta in forza del citato articolo 939, una tale trascrizione non può mai esimere il coerede che vuol conservare il suo privilegio dall' obbligo della iscrizione, perchè la disposizione dell'articolo 2108, giusta la quale la trascrizione tiene luogo d' iscrizione, è propria soltanto ed applicabile al privilegio del venditore, e perchè l' articolo 2109 non dispensa alcun coerede dall' obbligo della iscrizione da farsi *a sua istanza*, senza la quale il privilegio non è conservato.

Esaminiamo ora l' altro caso, il caso cioè di una divisione fatta dall' ascendente per atto d' ultima volontà. Le divisioni fatte dagli ascendenti per atto d' ultima volontà sono soggette giusta

(1) Persil, Quest. sur les Priv., chap. 6, § 8.

l'articolo 1076 alle regole dei testamenti, i quali acquistano il loro legale effetto il giorno della morte del testatore. Per questa ragione il Troplong ed anche il Persil (1) pensano che il termine dei 60 giorni assegnati dall'articolo 2109 al coerede per iscrivere il privilegio sia computabile, nel caso di divisione fatta per atto d'ultima volontà dall'ascendente, dal giorno della morte dello stesso ascendente. Anch'io sono di questa opinione. Imperocchè gli atti d'ultima volontà ricevono la loro efficacia e perfezione il giorno della morte del testatore, come risulta chiaramente dalla L. 32, D. *De mort. causa donat.*, la cui massima non alle sole donazioni *causa mortis*, ma ai testamenti e codicilli e in generale agli atti tutti di volontà ultima è applicabile: « Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. » E sebbene gli atti d'ultima volontà possano accettarsi o ripudiarsi, gli effetti della accettazione fatta quando che sia si retrotraggono dalla L. 54, D. *De acqui. vel om. hered.*, al giorno della morte del testatore: « Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. » Tanto è vero che il giorno della morte del testatore è il momento, in cui gli atti d'ultima volontà acquistano la loro perfezione e legale efficacia! Potrebbe credersi che il termine ad iscrivere, nel caso di cui ora ci occupiamo, dovesse correre non dal giorno della morte dell'ascendente, che fece la divisione per atto d'ultima volontà, ma da quello dell'accettazione del discendente, e i sostenitori di questa opinione potrebbero appoggiarsi alla disposizione della L. 49, § 1, D. *De hered. instit.*, la quale stabilisce che la capacità dell'erede istituito deve trovarsi non solo nel momento del fatto testamento e della morte del testatore, ma altresì in quello della accettazione dell'erede, per la ragione appunto che *jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem*. Io non potrei consentire a questa opinione. Imperocchè quando si tratta della capacità dell'erede, è giusto che questa debba verificarsi nel momento della accettazione; ma quando si tratta di un termine di rigore decorribile dall'atto stesso d'ultima volontà, come è appunto il caso del termine dei sessanta giorni computabili dall'atto della divisione, allora il termine deve correre dal giorno della morte, come quello che rende perfetto l'atto d'ultima volontà. Anche il

(1) Quest. sur les Priv., chap. 6, § 8.

termine dei sei mesi assegnato ai creditori ed ai legatarj chiedenti la separazione del patrimonio del defunto ad iscrivere i loro privilegi sopra i beni immobili dell' eredità corre giusta la disposizione dell' articolo 2111 dal giorno in cui si è aperta la successione.

443. L' articolo 834 del Codice di Procedura altra volta citato (1) dopo di avere disposto che i creditori ipotecarj o privilegiati non iscritti anteriormente alle alienazioni degli stabili gravati non saranno ammessi a domandare l' esposizione degli stabili stessi all'incanto, se prima non giustificano di aver fatta l' iscrizione della loro ipoteca o del loro privilegio al più tardi entro il termine di 15 giorni dalla trascrizione del contratto traslativo della proprietà, soggiugne: « *senza pregiudizio degli altri diritti, che gli articoli* 2108 *e* 2109 *del Codice Civile accordano ai venditori ed agli eredi.* » Noi abbiamo esaminato (2) quali siano gli effetti di questa riserva riguardo al venditore. Resta ora a vedere quali siano della riserva stessa gli effetti riguardo ai coeredi. La disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura portò una importantissima modificazione ai principj del Codice Civile permettendo che i creditori privilegiati ed ipotecarj, non iscritti anteriormente alla alienazione dell' immobile gravato dal privilegio o dall' ipoteca, potessero non ostante l' alienazione, la quale secondo i principj del detto Codice purgava *ipso jure* i fondi dalle ipoteche e privilegi non iscritti, iscrivere i loro crediti, e domandare in pregiudizio dell' acquirente che l' immobile sia posto all'incanto, sì veramente che l'iscrizione sia accesa entro 15 giorni dalla trascrizione del contratto. Quale è la conseguenza di questa disposizione del Codice di Procedura rispetto al coerede? La conseguenza secondo l' opinione del Troplong e del Persil è che il coerede, a cui è prescritto il termine di 60 giorni ad iscrivere il suo privilegio, è tenuto nel caso di alienazione degli immobili assegnati agli altri coeredi accelerare la iscrizione del suo privilegio, sebbene non siano scaduti i 60 giorni, onde non trapassi il termine dei 15 giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione eseguita dall' acquirente. Imperocchè nessun creditore ipotecario o privilegiato può esercitare diritti contro il terzo possessore e domandare che il fondo sia posto all' incanto se non ha

(1) Pag. 160, n. 398.
(2) Pag. 182, n. 410.

un titolo inscritto entro il termine dei 15 giorni dalla trascrizione. Se il coerede è obbligato ad inscrivere il suo privilegio entro i 15 giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente degli immobili gravati dal privilegio, sebbene non sia scaduto il termine dei 60 giorni concessogli dall'articolo 2109 del Codice Civile, sotto pena di perdere il diritto di potere esercitare il privilegio contro lo stesso acquirente e di domandare che gli immobili venduti siano posti all'incanto; la riserva fatta dal detto articolo 834 del Codice di Procedura *degli altri diritti* attribuiti agli eredi dall'articolo 2109 del Codice Napoleone, se deve avere un qualche valore, non può produrre, secondo sempre l'opinione del Troplong e del Persil, altro effetto se non che il coerede, passato il termine dei 15 giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente degli immobili gravati dal privilegio, potrà entro il termine dei 60 giorni accordatigli dall'articolo 2109 del Codice Civile iscrivere il suo privilegio per esercitarlo non già in faccia e in pregiudizio dell'acquirente, il cui fondo è rimasto liberato dal privilegio del coerede appena scaduto il termine dei 15 giorni dalla trascrizione, ma per farlo valere sul prezzo dell'immobile venduto e ottenere il competente rango nella sentenza scalare in concorso e in conflitto degli altri creditori graduati. È questa la concorde spiegazione che alle citate ultime parole dell'articolo 834 del Codice di Procedura danno il Troplong (1) ed il Persil (2).

Una tale interpretazione dà luogo ad un sistema veramente strano e bizzarro. Infatti il coerede se non iscrive il privilegio entro 15 giorni dalla trascrizione, lo perde in faccia al terzo possessore, e ne riman libero e purgato il fondo, e nello stesso tempo ha il diritto d'inscriverlo anche dopo i 15 giorni dalla trascrizione per farlo valere sul prezzo in concorso dei creditori, purchè la iscrizione sia fatta entro il termine dei 60 giorni assegnati dall'articolo 2109 del Codice Civile. In questo modo si autorizza la iscrizione di un privilegio su di un immobile, che dello stesso privilegio rimase libero e purgato. Altra volta contro l'opinione del Persil abbiamo sostenuto (3) che quando un fondo dopo il termine di 15 giorni dalla trascrizione è rimasto

(1) Art. 2109, n. 315 bis, 316, 317.
(2) Art. 2109, n. 10.
(3) Pag. 180, n. 409.

libero e purgato di un privilegio, non può più esser permesso di farne la iscrizione neppure allo scopo di farlo valere semplicemente e di esercitarlo sul prezzo in concorso dei creditori nel giudizio di graduazione per la ragione che non può esser lecito esercitare in concorso dei creditori un privilegio soggetto alla formalità della iscrizione, quando il creditore dopo la scadenza del termine di 15 giorni dalla trascrizione non può più adempire alla condizione della iscrizione; e lungi dal ricrederci di questa opinione persistiamo ad averla per giusta, e a questa ci atterremo altresì nella soluzione del presente dubbio. Il Troplong lamenta anch'esso amaramente il bizzarro sistema, a cui conduce la sua interpretazione, e ne getta tutta la responsabilità a carico dell' incauto legislatore. Sarà caro ed utile ai benigni lettori ch' io riporti le severe parole dell' illustre Giureconsulto: « Ceci paraîtra contradictoire avec ce que j'ai dit tout-à-l'heure, savoir, que le cohéritier n'est pas tenu de s'inscrire dans la quinzaine pourvu qu'il soit encore dans les soixante jours. Mais nous marchons dans des routes tortueuses et incertaines. Il faut plus que jamais prendre garde de se laisser aller aux apparences. Ce n'est qu'en distinguant très-soigneusement les cas, qu'on peut sortir de ce labyrinthe difficile. Oui sans doute, il est vrai que le cohéritier peut se faire inscrire après la quinzaine de la transcription, pourvu que ce soit dans les soixante jours; mais cette inscription ne conserve son privilège que contre les créanciers de son cohéritier, et ne lui laisse d'autre droit que de venir sur le prix. Mais à l'égard de l'acquéreur, ce n'est pas de préférence sur le prix qu'il s'agit, c'est du droit de surenchérir...... Or, ce droit ne se conserve à l'égard de l'acquéreur que par l'inscription prise par le créancier dans la quinzaine de la transcription: l'art. 834 du Code de Procédure Civile est général; il s'applique à tous les créanciers quelconques...... Ainsi le cohéritier qui veut se réserver le droit de surenchérir, n'est pas plus exempt que les autres de prendre inscription dans la quinzaine.... On ne peut douter que tel ne soit le sens de l'art. 834 et de l'art. 835..... Telle est aussi l'interprétation de M. Grenier. Mais, quoiqu'elle soit la seule légitime, il n'en est pas moins vrai qu'elle conduit à des résultats bizarres, que le panégyrique de M. Tarrible ne doit pas nous faire perdre de vue. En effet, la quinzaine de la transcription passée sans inscription prise par le copartageant, il est certain que *le droit de suite*

est éteint, et que l'immeuble est purgé de la charge qui le grevait. Mais alors, n'y a-t-il pas une véritable inconséquence à autoriser le copartageant à prendre inscription, postérieurement à cette quinzaine, à l'effet de conserver son droit de préférence entre créanciers? Inscription sur quoi? sur un immeuble qui n'a plus à redouter le droit qu'on inscrit; sur un immeuble dégrevé du privilège. Voilà ce que veut le législateur; mais le bon sens approuve-t-il cette volonté? Certainement, je conçois bien que le droit de préférence puisse subsister, quand le droit de suite est éteint: ces deux droits sont différens l'un de l'autre, et le second peut survivre au premier; mais c'est à la condition qu'on ne lui imposera pas l'accomplissement d'une obligation qui, de droit, est inexécutable. Or, c'est ce que fait ici le législateur dans son système composé d'idées hétérogènes. Il veut qu'on s'inscrive, lorsqu'il n'y a plus d'immeuble pour prendre inscription. On conçoit qu'il faut des textes bien positifs pour que notre raison se prête à ces anomalies. C'est parce que les textes n'existent pas à l'égard du privilège du vendeur, que nous avons refusé ci-dessus d'adopter des interprétations qui étendraient jusqu'à lui ce système bizarre. Mais ici la loi est formelle. Le délai de soixante jours appartient tout entier au copartageant: il faut lui permettre de s'inscrire, tant qu'il n'est pas écoulé, quelle que soit la singularité qui résulte de cet état de choses. » Anch'io credo col Troplong, che il buon senso non possa ammettere che il coerede abbia il diritto d'inscrivere dopo i quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente il privilegio su un fondo che del privilegio stesso rimase purgato in forza appunto del decorso del detto termine di quindici giorni dalla trascrizione, e sono così penetrato di quest'idea, che non posso accettare la interpretazione data dal Persil e dal Troplong alle ultime parole dell'articolo 834 del Codice di Procedura. Dirò francamente qual senso io attribuisca alla riserva fatta in favore del coerede dal citato articolo 834. Quest'articolo dopo di avere accordato ai creditori non iscritti anteriormente all'alienazione dell'immobile gravato il diritto d'iscrivere i loro privilegi ed ipoteche entro il termine di quindici giorni dalla trascrizione, e di potere esercitare all'appoggio della iscrizione tutti i diritti che ai creditori legalmente iscritti competono contro il terzo possessore, riserva al coerede, ossia vuole che al coerede rimangano salvi gli altri di-

ritti a lui attribuiti dall' articolo 2109 del Codice Civile. Vuole insomma l'articolo 834 del Codice di Procedura che il coerede, al quale, come a tutti i creditori privilegiati, è applicabile la massima stabilita colla disposizione dello stesso articolo, nulla abbia a perdere degli altri diritti che a lui concede il Codice Civile coll' articolo 2109. Quando adunque il coerede potrà esercitare i diritti che gli derivano dall' articolo 2109 del Codice Civile e quelli che gli attribuisce l' articolo 834 del Codice di Procedura, il voto del legislatore sarà pienamente soddisfatto. Ora quali sono i diritti che l' articolo 2109 del Codice Civile accorda al coerede? Forse quello di potere iscrivere il privilegio dopo l' alienazione del fondo gravato? No; perchè secondo i principj del Codice Civile l' alienazione purga i fondi dai privilegi e dalle ipoteche non iscritte prima, e sebbene l' alienazione succedesse prima della scadenza del termine dei sessanta giorni assegnati al coerede dall' articolo 2109, non per questo potrebbe egli dopo l' alienazione iscrivere il suo privilegio, non essendo più il fondo in forza della avvenuta alienazione capace di portar l' onere della iscrizione. Il diritto che l' articolo 2109 del Codice Civile accorda al coerede è di potere, ben inteso prima dell' alienazione dei fondi toccati agli altri coeredi, conservare il suo privilegio mediante l' iscrizione fatta entro sessanta giorni computabili dall' atto della divisione e di vincere qualunque iscrizione anteriore accesa durante il detto termine dei sessanta giorni. Questo è il diritto accordato dall'articolo 2109 del Codice Civile al coerede, il diritto di essere preferito mediante l'iscrizione accesa entro sessanta giorni dalla divisione a qualunque creditore ipotecario anteriormente iscritto. E quale è d' altra parte il diritto che deriva al coerede dall' articolo 834 del Codice di Procedura? Un diritto nuovo non concesso dal Codice Civile, il diritto cioè di potere iscrivere il suo privilegio anche dopo l'alienazione dei fondi gravati sino al termine di quindici giorni dalla trascrizione fatta dall' acquirente. Se dunque durante i sessanta giorni dalla divisione uno dei coeredi aliena gl' immobili a lui assegnati, e il compratore non fa la trascrizione, gli altri coeredi sino alla scadenza del termine dei sessanta giorni potranno iscrivere il loro privilegio, e saranno preferiti a qualunque ipoteca anteriormente iscritta. Potranno iscrivere il loro privilegio, perchè l'articolo 834 del Codice di Procedura accorda ai creditori ipoteçarj e privilegiati il diritto non concesso dal Codice Civile d' iscrivere anche

dopo l' alienazione dell' immobile gravato sino al termine dei quindici giorni dalla trascrizione. Saranno altresì preferiti mediante l' iscrizione accesa durante il termine dei sessanta giorni dalla divisione a qualunque ipoteca anteriormente iscritta, e ciò perchè l' articolo 834 del Codice di Procedura, nel mentre accorda ai creditori privilegiati ed ipotecarj il diritto d' iscrivere anche dopo l' alienazione sino al termine dei quindici giorni dalla trascrizione, riserva ai coeredi i diritti loro attribuiti dall' articolo 2109 del Codice Civile. Che se uno dei coeredi appena fatta la divisione vende gl' immobili a lui assegnati e il compratore fa immediatamente la trascrizione, allora gli altri coeredi o fanno l' iscrizione prima della scadenza dei quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, e in questo caso non essendo ancora scaduti i sessanta giorni conservano efficacemente il loro privilegio, e quindi il diritto loro riservato dall' articolo 834 di essere preferiti alle ipoteche anteriormente iscritte; o lasciano trascorrere il termine dei quindici giorni dalla trascrizione, e in questo caso non possono più accendere alcuna iscrizione, non ostante che non sia ancora scaduto il termine dei sessanta giorni assegnati dall' articolo 2109 del Codice Civile, perchè l' esercizio del diritto d' iscrivere dopo l' alienazione, non concesso dal Codice Civile, è vincolato alla condizione che l' iscrizione sia accesa entro il termine di quindici giorni dalla trascrizione. Nè in quest' ultimo supposto caso possono i coeredi, che non hanno iscritto entro i quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, invocare la riserva fatta a loro favore dall' articolo 834 del Codice di Procedura dei diritti loro attribuiti dall' articolo 2109 del Codice Civile all' oggetto di potere prima della scadenza dei sessanta giorni dalla divisione accendere una iscrizione esercibile sul prezzo in concorso dei soli creditori. Imperocchè siccome l' articolo 2109 del Codice Civile non accorda ai coeredi alcun diritto d' iscrivere il privilegio dopo l' alienazione degli immobili gravati, diritto che loro compete soltanto in grazia della modificazione portata alle massime del Codice Civile dall' articolo 834 del Codice di Procedura, non possono essi far uso del diritto d' iscrivere concesso dallo stesso articolo 834 se non ubbidiscono alla prescritta condizione di fare l' iscrizione entro i quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, e la riserva fatta dallo stesso articolo 834 dei diritti derivanti dall' articolo 2109 del Codice Civile può essere giovevole soltanto in

quei casi, in cui la iscrizione sia stata accesa dopo l'alienazione sopra un immobile capace di sopportarla, come p. e. nel caso di iscrizione accesa entro i sessanta giorni dalla divisione dopo l'alienazione degli immobili gravati passati in mano di un acquirente che non fece la trascrizione del contratto, o nel caso di iscrizione accesa entro i sessanta giorni dalla divisione e prima della scadenza del termine di quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione. Quando dunque la iscrizione fu accesa dal coerede entro i sessanta giorni dalla divisione e prima della scadenza dei quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione dell'immobile gravato, il coerede ha tutto il diritto di farla valere sì in faccia al terzo possessore come in concorso degli altri creditori, come quella che fu accesa sopra un immobile non ancora purgato e quindi suscettivo di sopportarla, e il coerede esercitandola in faccia agli altri creditori ha il diritto riservatogli espressamente dall'articolo 834 del Codice di Procedura di essere preferito alle ipoteche iscritte anteriormente alla medesima. Al contrario scaduto che sia il termine di quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente, il coerede non può più accenderla in alcuna maniera, non essendo più capace il fondo già purgato di sopportarla, sebbene non sia scaduto il termine dei sessanta giorni dalla divisione, e i diritti concessi dall'articolo 2109 del Codice Civile e riservati al coerede dall'articolo 834 del Codice di Procedura non possono più essere invocati, perchè l'esercizio di questi diritti suppone l'esistenza di una iscrizione validamente accesa sopra un immobile suscettivo di un tal peso. Se l'articolo 2109 del Codice Civile attribuisse al coerede il diritto di iscrivere il privilegio entro i sessanta giorni anche dopo l'alienazione dell'immobile, allora convengo che la riserva fatta a favore del coerede dei diritti a lui derivanti dal detto articolo 2109 dovrebbe lasciare integro e intatto il diritto di accendere la iscrizione entro i sessanta giorni dalla divisione non ostante la scadenza del termine dei quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione per esercitare il privilegio almeno sul prezzo in concorso dei creditori. Ma siccome, giova il ripeterlo, il diritto di accendere l'iscrizione sull'immobile alienato non deriva al coerede dalla disposizione dell'articolo 2109 del Codice Civile, ma unicamente dalla disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura, il quale permette una tale iscrizione sì veramente che sia accesa entro i quindici giorni dalla

trascrizione del contratto di alienazione, non so vedere il perchè la riserva fatta a favore del coerede dei diritti a lui derivanti dall'articolo 2109 del Codice Civile possa avere l'effetto, come pretendono il Troplong ed il Persil, di attribuirgli il diritto di iscrivere il privilegio anche dopo i quindici giorni dalla trascrizione per esercitarlo in concorso dei soli creditori. I diritti derivanti dall'articolo 2109 del Codice Civile potrà il coerede esercitarli, nel caso di alienazione degli immobili gravati dal suo privilegio, in tutti quei casi, in cui secondo la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura la iscrizione sarà stata validamente accesa sugli immobili alienati, ossia prima della scadenza dei quindici giorni dalla trascrizione. Nel caso che l'immobile alienato non sia più capace di portare il peso della iscrizione, ossia dopo la scadenza del termine dei quindici giorni dalla trascrizione, il coerede non potrà più esercitare, nè in faccia al possessore, nè in faccia ai creditori, i diritti a lui attribuiti dall'articolo 2109, perchè il nuovo diritto concesso dall'articolo 834 del Codice di Procedura e non concesso dall'articolo 2109 del Codice Civile d'iscrivere il privilegio dopo l'alienazione è subordinato alla condizione voluta dall'articolo 834 che la iscrizione sia accesa prima della scadenza dei quindici giorni dalla trascrizione. Così io intendo e spiego la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura, e giudicherà il benigno lettore se la mia spiegazione diversa affatto da quella del Troplong e del Persil sia o no conforme al voto del legislatore.

444. L'articolo 2109 dispone che il coerede o il condividente conserva il suo privilegio *sui beni di ciascuna porzione e sopra i beni posti all'incanto*. Risulta chiaramente da questa disposizione che il coerede o il condividente ha il privilegio e il diritto d'iscriverlo per tutti i titoli contemplati dai combinati articoli 2103 n° 3° e 2109 su tutti gl'immobili della eredità o comunione assegnati nelle divisioni agli altri coeredi o condividenti, e così tanto sulla quota di beni toccati al coerede obbligato espressamente e direttamente in forza dell'atto di divisione verso il coerede iscrivente, quanto anche sulla quota di beni toccata agli altri coeredi, che non assunsero direttamente verso lo stesso coerede iscrivente alcun obbligo espresso. Vuole la legge che il privilegio accordato ai coeredi e condividenti sia generale e colpisca tutti gl'immobili, che facevano parte della eredità o comunione, assegnati agli altri coeredi, e che ciascuno possa esten-

dere sopra tutti la sua iscrizione, e ciò perchè tutti i beni divisi siano garanti di quella risponsabilità che per legge hanno tutti i coeredi e condividenti (1) di sottostare *pro rata* alle conseguenze della insolvibilità di alcuno di essi, che manchi all'adempimento degli obblighi assunti coll' atto di divisione (2).

445. Essendo il privilegio un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori anche ipotecarj (3), questo diritto di prelazione a qualunque creditore ipotecario è della essenza di ogni privilegio. Egli è perciò che la iscrizione, a cui furono sottoposti anche i privilegi, serve a dar loro effetto ed efficacia in faccia ai terzi, non a misurarne il grado (4). L' articolo 2109 assegna al coerede il termine di sessanta giorni per rendere pubblico e conservare mediante la iscrizione il suo privilegio. Quale è la conseguenza di questa disposizione? La conseguenza è, che il coerede è in tempo ad iscrivere il suo privilegio sino all' ultimo momento del giorno sessantesimo, e che il privilegio così conservato ha diritto di essere preferito a tutti i creditori ipotecarj del coerede, a carico del quale fu accesa l' iscrizione, non ostante che la loro iscrizione sia di data anteriore a quella dello stesso privilegio. Se la iscrizione fatta dal coerede entro il termine dei sessanta giorni avesse un effetto diverso, la medesima non conserverebbe, ma distruggerebbe il privilegio, perchè gli torrebbe l' essenziale diritto di essere preferito ai creditori ipotecarj anche anteriori. Si fa la divisione tra Cajo e Tizio dell' asse paterno, del quale fanno parte diversi immobili. Venti giorni dopo questa divisione, Tizio contrae matrimonio, e il suo patrimonio rimane perciò colpito dalla legale ipoteca della moglie. Due o tre giorni dopo il matrimonio lo stesso Tizio per soddisfare alle spese sostenute fa un debito di lire mille con Sempronio ipotecando gl' immobili a lui assegnati nel rogito di divisione, e il creditore Sempronio accende subito la iscrizione sui fondi ipotecati. Non guari dopo e prima della scadenza di sessanta giorni dal rogito di divisione Cajo iscrive il privilegio che gli compete in forza degli articoli 2103 n° 3° e 2109 del Codice Napoleone. È chiaro che verificandosi la espropriazione degli immobili asse-

(1) Cod. Nap., art. 873, 875, 876, 884, 885.
(2) Persil, art. 2109, n. 6.
(3) Cod. Nap., art. 2095.
(4) N. 385, pag. 134.

gnati a Tizio nel rogito di divisione ad istanza di qualche creditore, il primo grado dovrà assegnarsi al privilegio di Cajo, il secondo all'ipoteca legale della moglie di Tizio, e il terzo all'ipoteca iscritta da Sempronio, non ostante che l'iscrizione del privilegio di Cajo sia posteriore alla data dell'ipoteca legale della moglie e alla iscrizione di Sempronio, e ciò perchè Cajo colla iscrizione accesa entro il termine assegnatogli dalla legge ha debitamente conservato il suo privilegio, che per sua natura ed essenza ha il diritto di essere preferito a tutti i creditori di Tizio. Quando anche adunque l'articolo 2109 si fosse limitato a stabilire che il coerede conserva il suo privilegio mediante l'iscrizione fatta a sua istanza entro sessanta giorni computabili dall'atto della divisione, non potrebbesi negare al privilegio di Cajo un grado anteriore all'ipoteca legale della moglie di Tizio, e alla ipoteca convenzionale del creditore Sempronio. Ad ogni modo la legge ha voluto dichiarare espressamente nell'articolo 2109 che durante il termine dei sessanta giorni assegnato al coerede per fare la iscrizione del suo privilegio non può aver luogo alcuna ipoteca sui beni gravati in pregiudizio dello stesso coerede. Dopo la divisione il coerede può certamente ipotecare a favore di chiunque con tutto il diritto gl'immobili componenti la sua quota, rispetto ai quali è riputato anzi dalla legge solo ed immediato successore (1), e le ipoteche o legali o convenzionali o giudiziali avranno tutta la loro forza in faccia a chiunque; ma non in faccia al coerede, il cui privilegio non può mai essere pregiudicato dalle dette ipoteche, alle quali sarà sempre preferito senza alcun riguardo alla loro data, sì veramente che sia stato debitamente conservato mediante l'iscrizione fatta entro il termine legale dei sessanta giorni dall'atto della divisione o della aggiudicazione. L'ultima dichiarazione dell'articolo 2109 ora accennata non era assolutamente necessaria, come si è detto; ma la medesima, come quella che rende omaggio al diritto inerente ad ogni privilegio di essere preferito ai creditori ipotecarj anche anteriori, è suggello che deve sgannare coloro che dalle parole dell'articolo 2106 *e dalla data di tale inscrizione* hanno erroneamente dedotto che la data dell'inscrizione dei privilegi ne misura il grado.

446. La disposizione dell'articolo 1995 del Codice del Regno

(1) Cod. Nap., art. 883.

delle Due Sicilie non è che la ripetizione dell' articolo 2109 del Codice Napoleone.

447. Con migliore consiglio il Codice di Parma ha dimidiato il termine dei sessanta giorni assegnato dall' articolo 2109 del Codice Napoleone al coerede ad iscrivere il suo privilegio, e adottando molto saviamente un sistema uniforme tanto pel privilegio del venditore quanto per quello dei coeredi, dispone nell' articolo 2153, che la notificazione del privilegio del venditore pel suo credito del totale o del residuo di prezzo, non che di quello del coerede o del condividente sui beni di ciascuna porzione, e sopra i beni posti a licitazione o ad incanto per le compensazioni, e pel pareggiamento delle divisioni, per l'evizione e la garantia delle porzioni, e pel prezzo della licitazione o dell'incanto, deve essere fatta entro il termine di trenta giorni da quello, in cui per atto pubblico, o per privata scrittura avente data certa seguì il contratto di vendita, la divisione o l' aggiudicazione. La citata disposizione del Codice di Parma, onde è dimidiato il termine assegnato dall' articolo 2109 del Codice Napoleone, è degna di somma lode. Imperocchè sebbene il privilegio debba per sua natura essere preferito alle ipoteche anteriormente iscritte, le stesse ragioni che mossero il legislatore a volere la pubblicità dei privilegi, esigono ancora che venga il più che sia possibile accorciato il termine entro il quale i creditori privilegiati devono far conoscere al pubblico i loro privilegi, onde l' interesse dei creditori privilegiati sia conciliato con quello dei terzi, e così i benefizj del sistema della pubblicità delle ipoteche non vadano falliti.

Il Codice Napoleone dichiarando nell' articolo 2109 che i sessanta giorni assegnati al coerede per iscrivere il suo privilegio sono computabili *dall' atto della divisione,* ha fatto nascere il dubbio (1), di cui abbiamo dato un cenno più sopra, se nel caso di divisione fatta mediante privata scittura, i sessanta giorni si computano dalla data materiale della scrittura, o dal giorno in cui la scrittura acquistò data certa. I Compilatori del Codice di Parma seppero prevenire questo dubbio dichiarando col citato articolo 2153 che la iscrizione deve essere fatta entro il termine di trenta giorni da quello, in cui per atto pubblico, *o per privata scrittura avente data certa* seguì il contratto di vendita, la divisione o l' aggiudicazione.

(1) N. 441, pag. 248.

Del resto anche l' articolo 2153 del Codice di Parma ad imitazione dell' articolo 2109 del Codice Napoleone dichiara che durante il detto periodo di trenta giorni sui beni venduti, o divisi, o aggiudicati, non ha luogo alcuna ipoteca in pregiudizio del venditore, del coerede o condividente, e aggiunge che mediante la prescritta notificazione fatta nel termine assegnato, i detti privilegi si conservano per modo che ritengono l' epoca di loro origine.

448. Se i Compilatori del Codice di Parma meritano lode per avere dimidiato il termine dei sessanta giorni assegnato dall' articolo 2109 del Codice Napoleone al coerede per iscrivere il privilegio, nessuno, io mi credo, vorrà encomiare quelli del Codice di Sardegna, i quali lo hanno invece allungato disponendo nell' articolo 2206, che i coeredi, i soci ed altri condividenti conservano il loro privilegio sui beni di ciascuna porzione, o sopra i beni tra di essi posti in licitazione per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni stesse, o pel prezzo della licitazione, non che per l' evizione e la garantia delle porzioni, mediante l' iscrizione fatta a loro istanza entro il termine di tre mesi computabili dall' atto della divisione, o del deliberamento col mezzo della licitazione. Anche il Codice di Sardegna colla disposizione dell' articolo 2213, la quale è generale e a tutti si estende i privilegi, dichiara che i privilegi iscritti ne' termini dalla legge fissati non possono essere pregiudicati dalle ipoteche, le quali durante il trascorso dei termini stessi venissero costituite sull' immobile soggetto al privilegio.

449. Il Progetto Vatimesnil assegnava nell' articolo 2146 ai coeredi il termine di due mesi per iscrivere il loro privilegio; e per troncare il dubbio, tolto anche dal Codice di Parma, a cui ha dato luogo la disposizione dell' articolo 2109 del Codice Napoleone, se nel caso di divisione fatta mediante scrittura privata i due mesi avessero o no da decorrere dalla data materiale della scrittura, dichiarava che i due mesi fossero computabili dal giorno della registrazione: « Le cohéritier ou copartageant, pour conserver son privilège, à raison de la garantie du partage, des soultes et retours de lots ou du prix de la licitation, doit prendre inscription dans le délai de deux mois, à partir de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. Si ces actes sont sous seing privé, les deux mois ne courront qu'à dater de leur enregistrement. » Meglio che l' articolo 2146 del Progetto Vatimesnil è

concepito l'articolo 2153 del Codice di Parma, il quale fa decorrere il termine dei trenta giorni da quello in cui per atto pubblico o *per privata scrittura avente data certa* seguì la divisione o l'aggiudicazione. Infatti la data delle scritture non acquista certezza il giorno solamente, in cui le scritture stesse furono registrate, ma anche giusta la disposizione dell'articolo 1328 del Codice Napoleone dal giorno della morte di colui o di uno di quelli che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata da atti stesi da Officiali pubblici. Il citato articolo 2146 del Progetto Vatimesnil non per altro stabiliva che i due mesi assegnati al coerede dovessero essere computabili dal giorno della registrazione della scrittura se non perchè il registro serve a dar data certa alle scritture, e poi non si curava degli altri casi, in cui la scrittura può acquistar data certa. Il perchè il deputato Choque alle parole dell'articolo del Progetto Vatimesnil — « Si ces actes sont sous seing privé, les deux mois ne courront qu'à dater de leur enregistrement » — propose di sostituire le seguenti: « Si ces actes sont sous seing privé, les deux mois ne courront qu'à dater du jour où ils auront acquis date certaine par l'enregistrement ou autrement. » E l'Assemblea Legislativa adottò il detto articolo 2146 del Progetto Vatimesnil coll'emendamento del deputato Choque stato anche accettato dalla stessa Commissione rappresentata dal Relatore Vatimesnil (1).

450. Il Codice di Modena imitando saviamente l'esempio del Codice di Parma ha esso pure accorciato il termine dei sessanta giorni accordato dall'articolo 2109 del Codice Napoleone al coerede ad iscrivere il privilegio, riducendolo a giorni quaranta colla disposizione dell'articolo 2143, che nel resto è quasi conforme a quella dell'articolo 2109 del Codice Napoleone: « *I coeredi, i socj ed altri condividenti conservano il loro privilegio sui beni di ciascuna porzione, o sopra i beni fra loro posti in licitazione per le compensazioni ed i conguagli delle porzioni stesse, o pel prezzo della licitazione, non che per l'evizione e per la garanzia delle porzioni, mediante l'inscrizione fatta a loro instanza, entro il termine di quaranta giorni computabili dall'atto della divisione, o della licitazione.*

Durante il detto periodo, sopra i beni divisi, o licitati, o

(1) Moniteur, 21 février 1851, n. 52.

pei quali è dovuto un pareggiamento, non ha luogo alcuna ipoteca in pregiudizio del coerede, socio, o condividente. »

Disponendo l' articolo 1023 del Codice di Modena che se tutti gli eredi sono in età maggiore, la divisione può farsi in quella forma, e con quell' atto, che le parti interessate credono conveniente, avrebbero dovuto i suoi Compilatori, come fecero quei del Codice di Parma, dichiarare se nel caso di divisione fatta con scrittura privata, i quaranta giorni hanno a computarsi dalla data materiale della scrittura, o dal giorno in cui la medesima acquistò data certa. E su questo dubbio lasciato dall' articolo 2143 del Codice di Modena mi riporto a ciò che ho detto più sopra quando ho tenuto discorso della disposizione dell' articolo 2109 del Codice Napoleone (1).

Articolo 2110.

Gli architetti, intraprenditori, muratori ed altri operaj impiegati per costruire, ricostruire o riparare edifizj, canali, o altre opere, e quelli che per pagarli e rimborsarli hanno prestato danaro, la versione del quale sia comprovata mediante la doppia inscrizione fatta, 1° del processo verbale comprovante lo stato dei luoghi, 2° del processo verbale di accettazione, conservano i loro privilegi dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale.

451. Il privilegio degli architetti è stato, come tutti gli altri, sottoposto al sistema della pubblicità, e si conserva perciò mediante la doppia iscrizione del primo processo verbale comprovante lo stato de' luoghi, e del secondo processo verbale di accettazione. Siccome a dar vita al privilegio degli architetti sono necessarj secondo l' articolo 2103 n° 4° i detti due processi verbali, così era giusto che l' uno e l' altro dovessero essere conosciuti dal pubblico, e la iscrizione di amendue fosse voluta dal legislatore. Il presente articolo però non prescrive che sia fatta nello stesso tempo la doppia iscrizione dei detti due processi verbali, suppone anzi che si faccia separatamente. Dice infatti che

(1) N. 441, pag. 248.

gli architetti conservano i loro privilegi dalla data dell'iscrizione del primo processo verbale. Questa disposizione prova che la iscrizione del secondo processo verbale può essere fatta con atto distinto e separato e posteriore a quella del primo. Ma quanto tempo almeno dovrà correre dalla iscrizione del primo processo verbale alla iscrizione del secondo? La legge non fissa alcun tempo, e questa omissione, e questa facoltà indefinita lasciata all'architetto ad iscrivere il secondo processo verbale, sono giustamente biasimate dagli Interpreti (1). Imperocchè è propriamente il secondo processo verbale che fa conoscere l'ammontare del credito privilegiato, e ai terzi interessa sapere la quantità della somma che verrà assorbita dal privilegio dell'architetto, di cui diede loro contezza la iscrizione del primo processo verbale, tanto più che dalla data della iscrizione del primo processo verbale il privilegio dell'architetto è debitamente conservato, qualunque sia la somma risultante dal secondo processo verbale.

452. Ora esamineremo due importanti questioni, a cui lascia luogo l'articolo 2110. E primieramente, qual senso hanno le parole « *conservano i loro privilegi dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale?* » Queste espressioni importano che il privilegio dell'architetto abbia semplicemente effetto ed efficacia dalla data della iscrizione del primo processo verbale, o pure che la data della iscrizione del primo processo verbale ne misuri e determini il grado? Su questo punto non sono d'accordo gl'Interpreti Francesi. Allorchè esaminammo la disposizione dell'articolo 2106, abbiamo detto qual senso debba attribuirsi alle espressioni del detto articolo *e dalla data di tale iscrizione,* le quali non altro significano che i privilegi hanno effetto, efficacia, vita e movimento in faccia ai terzi il giorno della iscrizione, sebbene il loro grado sia indipendente e non si misuri punto dalla data della iscrizione. Il Troplong dando alle citate parole dell'articolo 2106 questa giustissima interpretazione, l'unica compatibile coll'essenza dei privilegi, scriveva le seguenti parole che qui giova il ripetere: « L'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, une sorte de complément pour assurer entre créanciers l'efficacité du privilège; le privilège a son fondement et son existence dans la nature même de la convention. Mais cette existence est condamnée à l'inertie, tant que la publicité ne vient pas lui don-

(1) Persil, art. 2110, n. 1.

ner le mouvement et la faculté d'agir au dehors. Ce n'est donc que par l'inscription que le privilège peut se mettre en action. Mais aussitôt qu'il est inscrit, il entre dans la plénitude de ses prérogatives, et l'on sait que l'une des plus importantes et des plus précieuses, est de primer les hypothèques; d'où l'on est forcé de conclure que ce n'est pas par la date de l'inscription que se règle le rang de la créance privilégiée (1). » Lo stesso Troplong, che dà questa interpretazione alle parole dell' articolo 2106 « *e dalla data di tale inscrizione,* » ne dà una diversa alle consimili *dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale* dell' articolo 2110, e vuole che il privilegio dell' architetto abbia rango e grado dal dì della iscrizione del primo processo verbale. Per giustificare questo suo modo d' interpretazione dell' articolo 2110, che è in assoluta contraddizione colla spiegazione da lui data all' articolo 2106, dice che la legge dando un effetto retroattivo alla iscrizione del privilegio del venditore e del coerede può essere stata mossa dalla considerazione che i terzi possono sempre indipendentemente dalla iscrizione conoscere il privilegio del venditore e del coerede esaminando i titoli, in forza dei quali il debitore divenne proprietario dell' immobile offerto in vendita od ipoteca, e che i terzi al contrario non hanno modo di conoscere il privilegio dell' architetto, se loro non ne dà contezza la iscrizione, perchè i documenti, pei quali il debitore è proprietario degli immobili da esso posseduti, non possono avere alcuna traccia o indizio di un privilegio acquistato da un architetto per lavori sui medesimi eseguiti. Dice il Troplong che l' architetto prima di metter mano ai lavori deve essere diligente a fare la iscrizione del primo processo verbale, e che la sua negligenza non deve recar pregiudizio a dei creditori di buona fede, i quali contrattando col proprietario posteriormente agli eseguiti lavori hanno potuto tener conto del valore reale che avea l' immobile nel momento in cui fu loro dato in ipoteca. Ma trovando il Troplong un ostacolo alla sua opinione nella natura ed essenza del privilegio, che non deve prender rango dalla data della iscrizione, fa la seguente distinzione. O si tratta di creditori anteriori ai lavori, e a questi deve preferirsi il privilegio dell' architetto, non ostante che la data della iscrizione del primo processo verbale sia posteriore a quella dei detti creditori, e ciò perchè il privilegio dell' architetto,

(1) Art. 2106, n. 266 e 266 bis.

restringendosi al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell' alienazione e che deriva dai lavori eseguiti, non arreca in fatto alcun pregiudizio ai creditori iscritti anteriormente ai lavori. O si tratta invece di creditori posteriori ai lavori, i quali hanno potuto con tutta la ragione tener conto e fondare la loro garanzia sul valore dell' immobile dato loro in ipoteca dal debitore nello stato in cui il medesimo si trovava dopo i lavori, e rispetto a questi la data della iscrizione del primo processo verbale deve determinare il grado del privilegio dell' architetto (1). Con questa distinzione crede il Troplong di conciliare l' interesse dei terzi coll' attributo essenziale dei privilegi, coll' attributo cioè di vincere i creditori ipotecarj anche anteriori, al quale il Troplong rende omaggio accordando al privilegio dell' architetto la prelazione ai creditori anteriori ai lavori senza alcun riguardo alla data dell' iscrizione del primo processo verbale. Anche il Duranton (2) attenendosi alla stessa distinzione pensa che il privilegio dell' architetto ha diritto di essere preferito ai creditori iscritti anteriormente alla esecuzione dei lavori, e che i creditori posteriori ai lavori iscritti anteriormente alla iscrizione del primo processo verbale devono essere preferiti al privilegio dell' architetto, dovendo rispetto a questi ultimi il grado del privilegio dell' architetto misurarsi dalla data della iscrizione del primo processo verbale.

Io non posso soscrivermi alla opinione di questi Interpreti per quanto sia grande l' autorità del loro nome. L' articolo 2103 accorda agli architetti e alle altre persone ivi indicate un vero privilegio sull' immobile, che fu il soggetto dei lavori. Ora la natura ed essenza del privilegio vuole che il creditore sia preferito a tutti i creditori ipotecarj anche anteriori. Questo carattere essenziale del privilegio è in modo non equivoco ed assoluto dichiarato dall' articolo 2095, il quale dando la definizione del privilegio ne esprime gli attributi che ne costituiscono l' essenza. La legge ha assoggettato i privilegi al sistema della pubblicità, ma unicamente per dare loro effetto ed efficacia in faccia ai terzi, ai quali non può mai opporsi un privilegio non iscritto, non per dare ai medesimi il grado dal giorno della iscrizione. Sebbene le parole dell' articolo 2106 fossero un po' equivoche, la Giurisprudenza

(1) Art. 2110, n. 322.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 194.

ha dato al detto articolo quella interpretazione, che era compatibile colla natura ed essenza dei privilegi. Quando alle parole dell'articolo 2106 fosse stata data una diversa interpretazione, quando la iscrizione non si fosse considerata come una semplice formalità di conservazione, ma altresì come una misura del grado, i privilegi sarebbero scomparsi contro il voto del legislatore, e si sarebbero convertiti in ipoteche legali soggette ad iscrizione da graduarsi secondo l'ordine della data. Perchè si vorrà fare una eccezione pel privilegio dell'architetto? Perchè le espressioni dell'articolo 2110—*dalla data dell'inscrizione*—si dovranno interpretare in un modo diverso da quello onde si interpretano le stesse espressioni nell'articolo 2106? Perchè coll'attribuire all'iscrizione del privilegio dell'architetto una forza diversa da quella che ha la iscrizione degli altri privilegi, si vorrà convertire il privilegio dell'architetto in una pura ipoteca legale contro il voto del legislatore che accorda all'architetto un vero privilegio? Perchè la iscrizione del privilegio dell'architetto ne deve misurare il grado, se l'articolo 2110 dice che una tale iscrizione conserva il privilegio, ossia quel diritto che per sua natura deve essere preferito ai creditori ipotecarj? Insomma con qual diritto può il Giureconsulto introdurre, quanto al privilegio dell'architetto, una eccezione alla regola generale, che fissa la sorte e il grado dei crediti privilegiati senza riguardo alla data dell'iscrizione, mentre le espressioni equivoche dell'articolo 2110 trovano una non dubbia spiegazione nella interpretazione data dalla Giurisprudenza alle consimili espressioni che si leggono nell'articolo 2106? Perchè si vorrà rigettare una interpretazione che si accorda e si concilia col carattere essenziale dei privilegi, e accettarne un'altra che non solo non si accorda coll'essenza dei privilegi, ma che anzi annienta il privilegio dell'architetto, trasformandolo in un diritto di diversa natura, vale a dire in una semplice ipoteca legale? Lo stesso Troplong è costretto a fare una confessione, della quale giova prender atto: « En expliquant l'art. 2110 par l'art. 2106, il est certain qu'on laisse à la loi toute son homogénéité, et qu'on se maintient dans un système dont toutes les parties sont plus concordantes (1). » Ma quale è il motivo che induce il Troplong ad interpretare le espressioni *dalla data dell'inscrizione* in un modo nell'articolo 2110, e in un modo diverso

(1) Art. 2110, n. 322.

nell' articolo 2106? La buona fede dei creditori posteriori all'esecuzione dei lavori, i quali avendo fondata la loro garanzia sul valore che avea lo stabile dopo i lavori, e non avendo potuto trovar traccia del privilegio dell' architetto nei documenti, che giustificano la proprietà del debitore, non devono essere pregiudicati dalla negligenza dell' architetto. Questo motivo proverà che la legge ha mal provveduto all' interesse dei terzi, proverà che la legge è difettosa e cattiva, e che il sistema di pubblicità adottato dal Codice Napoleone è imperfetto, e mal risponde allo scopo cui deve mirare un ben ordinato sistema pubblico di ipoteche, ma non darà mai diritto e facoltà al Giureconsulto di modificare e di correggere la legge, perchè l'uffizio del Giureconsulto, come m' insegna lo stesso Troplong (1), « *est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire.* » Commentando il Troplong le parole dell' articolo 2106 *dalla data di tale inscrizione* scriveva: « Le législateur a voulu seulement exprimer que c'est du moment de l'inscription du privilège, qu'il reçoit la faculté de se produire contre les tiers. Mais que le privilège ne puisse prendre rang qu'à compter de la date de sôn inscription, c'est ce qui n'a jamais été dans la pensée d'aucun de ceux qui ont rédigé la loi, c'est ce qui répugne à la nature même du privilège et au but de l'inscription, qui est requise pour donner à ce droit la force effective dont il est susceptible, et non pas pour la détruire (2). » Donde può dunque essere autorizzato il Troplong a imaginare che il legislatore abbia avuto il pensiero di far dipendere il grado del privilegio dalla data della iscrizione, (ciò che ripugna, com' egli dice, alla natura dei privilegi e allo scopo cui mira la loro iscrizione), quando si tratta del privilegio dell' architetto, mentre le espressioni *dalla data della inscrizione* dell' articolo 2106 sono ripetute nell' articolo 2110? Perchè queste espressioni devono avere un valore nell' articolo 2106, che tratta in genere di tutti i privilegi, e un valor diverso nell' articolo 2110 che tratta di un privilegio speciale? Bisognerebbe che la legge avesse parlato molto chiaro, perchè la iscrizione del privilegio dell' architetto fosse in via di eccezione sottratta alla regola generale propria dei privilegi e desunta dalla stessa loro natura. Ma il Troplong, per rendere omaggio alla re-

(1) Art. 2103, n. 219.
(2) Art. 2106, n. 266 bis.

gola da esso stabilita sotto l' articolo 2106, tratta, com' egli confessa, dall' essenza dei privilegi, introduce la distinzione detta di sopra, ammette cioè che il privilegio dell' architetto sia preferito ai creditori anteriori alla esecuzione dei lavori senza riguardo alla data dell' iscrizione del primo processo verbale, e vuole che la data dell' iscrizione del primo processo verbale misuri il grado del privilegio dell' architetto in confronto soltanto dei creditori posteriori alla esecuzione dei lavori, e che sia il privilegio dell' architetto a questi ultimi posposto se la loro iscrizione è anteriore a quella del primo processo verbale. Così in forza di questa distinzione introdotta dal Troplong ed abbracciata anche dal Duranton la data della iscrizione del primo processo verbale serve a misurare il grado del privilegio dell'architetto rispetto ad alcuni creditori ipotecarj, e rispetto al altri non serve che a dargli effetto ed efficacia, ma non il grado. Ma io dimando al Troplong, su qual disposizione di legge fondi questa sua distinzione, che fa ermafrodito il privilegio dell'architetto? Mi pare che questo non sia interpretare, ma modificare a suo modo la legge. Sarà un inconveniente che il privilegio dell' architetto debba essere preferito ai creditori che contrattando posteriormente alla esecuzione dei lavori hanno fondata la loro garanzia sul valore dell' immobile già migliorato dai lavori, non ostante che la loro iscrizione sia anteriore a quella del primo processo verbale. Io non difendo e non lodo la legge, dico solo che le espressioni *dalla data dell' inscrizione,* che si leggono nell' articolo 2110, devono interpretarsi come quelle dell' articolo 2106, e che essendo la interpretazione data alle espressioni dell' articolo 2106 — *dalla data di tale inscrizione* — la sola compatibile colla essenza dei privilegi, non si può dare alle medesime espressioni una spiegazione diversa nel caso del privilegio dell' architetto, che è della stessa natura ed indole degli altri privilegi, e soggetto alle stesse regole. Se la legge è imperfetta, ne lascio la responsabilità al legislatore, memore sempre della gran verità insegnatami dal Troplong: « La jurisprudence est exempte de reproches, car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire (1). » Io dunque, dando alle parole — *dalla data dell' inscrizione* — dell' articolo 2110 la stessa interpretazione data alle espressioni medesime che si leggono

(1) Art. 2103, n. 219.

nell' articolo 2106, tengo che il privilegio dell' architetto cominci ad avere effetto in faccia ai terzi dalla data della iscrizione del primo processo verbale, e che, quanto al grado, debba, come qualunque altro privilegio, essere preferito a tutti i creditori ipotecarj dello stesso debitore, tanto anteriori quanto posteriori alla esecuzione dei lavori, senza alcun riguardo alla data della iscrizione del primo processo verbale. E quand' anche non si volesse adottare la mia interpretazione, e si volesse che il privilegio degli architetti avesse grado dalla data della iscrizione del primo processo verbale, ad ogni modo si dovrebbe sempre rigettare la distinzione arbitrariamente e senza alcun appoggio nel testo della legge dal Troplong introdotta tra i creditori ipotecarj anteriori ed i creditori ipotecarj posteriori alla esecuzione dei lavori. Imperocchè ammesso che la data della iscrizione del primo processo verbale misuri il grado del privilegio degli architetti, allora quale altra conseguenza legittima può dedursi, se non che il privilegio degli architetti sarà anteposto e preferito a tutti i creditori ipotecarj, iscritti posteriormente alla data della iscrizione del detto primo processo verbale o aventi una ipoteca esente dall' obbligo della iscrizione posteriore di data alla iscrizione del detto primo processo verbale; e che al contrario sarà posposto a tutti i creditori ipotecarj iscritti anteriormente alla iscrizione del detto primo processo verbale o la cui ipoteca dispensata dalla formalità della iscrizione abbia una data anteriore a quella della iscrizione del primo processo verbale anzidetto? O dunque si segue la mia interpretazione, e allora il privilegio degli architetti, purchè debitamente conservato, vince senza riguardo alla data della iscrizione del primo processo verbale tutti i creditori ipotecarj del comune debitore anteriori o posteriori alla esecuzione dei lavori, iscritti prima o dopo del detto primo processo verbale. O si vuole che le espressioni — *dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale,* — importino che il grado debba misurarsi appunto dalla data della detta iscrizione, e in questa ipotesi il privilegio degli architetti sarà soltanto preferito ai creditori iscritti posteriormente alla iscrizione del detto processo verbale o aventi una ipoteca legale non soggetta alla formalità della iscrizione di data posteriore alla iscrizione del detto processo verbale. Ma sì nell' una come nell' altra maniera d' interpretazione, a meno che non si voglia modificare la legge a

capriccio, la distinzione del Troplong non può trovar luogo. Ed io, messa anche da banda la distinzione del Troplong, insisto sempre nella mia interpretazione, cioè nel ritenere che il privilegio degli architetti debitamente colla iscrizione conservato debba essere preferito a qualunque creditore ipotecario del comun debitore comecchè iscritto anteriormente alla iscrizione del primo processo verbale, a cui accenna l'articolo 2110, e ciò perchè con questa mia interpretazione si conserva al privilegio dell'architetto il vero ed essenziale carattere proprio di tutti i privilegi, i quali giusta l'articolo 2095 hanno diritto di essere preferiti a tutti i creditori ipotecarj senza alcun riguardo alla data della iscrizione o della ipoteca.

453. Esaminiamo ora l'altro punto di questione, a cui dà luogo la disposizione dell'articolo 2110, cioè entro qual tempo l'architetto debba iscrivere il suo primo processo verbale. L'articolo 13 della Legge 11 brumaio anno settimo comandava che la iscrizione del primo processo verbale fosse fatta dall'architetto prima di dar principio ai lavori. Ma il Codice Napoleone non fissa alcun termine. Al Persil (1) sembra potersi dedurre dalla citata disposizione della Legge di brumaio, che anche sotto il Codice Napoleone la iscrizione del primo processo verbale debba farsi dall'architetto prima dei lavori: « Il semblerait que ce procès-verbal dût être inscrit avant le commencement des travaux: » e ciò perchè anche sotto il Codice Civile, come sotto la Legge di brumaio, la buona fede dei terzi, che contrattarono col proprietario dopo l'esecuzione dei lavori, non deve essere tratta in inganno. Il Persil dice che, non ammessa questa opinione, non si potrebbe accordar preferenza all'architetto in concorso dei creditori posteriori alla esecuzione dei lavori che avessero iscritto i loro crediti prima della iscrizione del primo processo verbale: « Si l'on n'admettait pas cette décision dans toute sa rigueur, il faudrait au moins, pour eviter la fraude, n'accorder de préférence aux architectes que sur les créanciers postérieurs à l'inscription du premier procès-verbal. » Il Persil insomma ammette *sub conditione* le conseguenze che derivano dal privilegio dell'architetto. Egli dice in sostanza: o si concede che la iscrizione del primo processo verbale deve esser fatta prima che sia dato principio ai lavori, come voleva l'articolo 13 della

(1) Art. 2110, n. 3.

Legge 11 brumaio, e allora il privilegio dell'architetto godrà tutti i vantaggi proprj dei privilegi, e così sarà preferito a tutti i creditori ipotecarj anteriori e posteriori alla esecuzione dei lavori senza riguardo alla data dell'iscrizione; o al contrario non si vuole ammettere che la iscrizione del primo processo verbale debba farsi prima che si dia mano ai lavori, e si permette che l'architetto possa fare quando gli piaccia la iscrizione del primo processo verbale anche dopo la esecuzione dei lavori, e allora il privilegio dell'architetto non potrà essere preferito ai creditori posteriori alla esecuzione dei lavori che hanno iscritte le loro ipoteche prima della iscrizione del primo processo verbale. Il Troplong dice che la legge, la quale vuole che il primo processo verbale sia steso prima dei lavori, suppone che anche prima della esecuzione dei lavori se ne faccia l'iscrizione: « Si l'art. 2110 ne dit pas, comme la loi de l'an 7, qu'il doit être inscrit avant les travaux, il le suppose par sa relation avec l'art. 2103 (1). » Che la legge abbia supposto che l'architetto sarebbe sollecito a fare l'iscrizione del primo processo verbale prima della esecuzione dei lavori, può concedersi; ma è certo che la legge non ha fissato alcun termine, entro il quale l'architetto dovrà fare una tale iscrizione. Il Troplong loda la Legge di brumaio, la quale comandava che il primo processo verbale dovesse essere iscritto prima dei lavori, e dice che una tale disposizione troncava tutti i dubbj: « Cette disposition (cioè della Legge di brumaio anno 7) était très sage et levait tous les doutes. » Concorro pienamente nell'elogio ben meritato che il Troplong tributa alla saggia disposizione della Legge 11 brumaio, e credo che se in questo, come in molti altri casi, i Compilatori del Codice Napoleone avessero fedelmente seguite le orme sì bene tracciate dalla lodata Legge, il cui sistema di completa pubblicità non lasciava esposti i terzi a pericoli, il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone non sarebbe stato segno alle giuste critiche, onde è meritamente biasimato. Dico però d'altra parte che non avendo il Codice Napoleone assegnato alcun termine all'architetto ad iscrivere il primo processo verbale, non può il Giureconsulto stabilire che la iscrizione del primo processo verbale debba farsi prima della esecuzione dei lavori. Sotto la Legge di brumaio la iscrizione del primo processo verbale dovea farsi prima dei lavori, perchè ciò era prescritto dalla stessa

(1) Art. 2110, n. 322.

legge; laddove una tale assegnazione di termine sotto la legislazione del Codice Napoleone, non comandata dal legislatore, sarebbe arbitraria. Il Codice Napoleone è indipendente dalla Legge di brumaio, nè le disposizioni di questa, trattandosi della assegnazione rigorosa di un termine ad inscrivere, possono supplire al silenzio dei Compilatori del detto Codice. Come al venditore non si può assegnare alcun termine ad iscrivere il suo privilegio, tranne il caso della trascrizione fatta da un secondo acquirente, appunto perchè nessun termine è dalla legge stato a lui assegnato; così nessun termine si può assegnare all'architetto, non avendo nè a lui pure determinato alcun termine la legge. Anche il Duranton (1) ammette che all'architetto non è stato dalla legge assegnato alcun termine per fare l'iscrizione del suo privilegio, ma io non posso convenire con lui allorchè ne fa dipendere il grado dalla data della iscrizione del primo processo verbale. Io credo dunque che riguardo al privilegio dell'architetto si abbia a ripetere ciò che fu detto riguardo a quello del venditore, cioè che l'architetto può iscrivere il primo processo verbale finchè l'immobile si trova nelle mani del suo debitore, e in caso di alienazione del fondo sino al termine dei quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente. Si dirà che con questa interpretazione non è assicurato l'interesse dei terzi. Io non lo nego. Ma è forse assicurato l'interesse dei terzi nel caso del privilegio del venditore? È sì bene assicurato dalla legge nel caso del privilegio del venditore l'interesse dei terzi, che il Troplong (2), lamentando gl'inconvenienti a cui dà luogo il sistema, ch'esso chiama *bizzarro*, di lasciare al venditore una facoltà illimitata a dar pubblicità al suo privilegio, esclama: « Comment n'a-t-on pas vu qu'en l'autorisant à le faire sortir de l'obscurité, après des hypothèques stipulées et inscrites de bonne foi, la confiance était trompée par les promesses du législateur? Mieux valait ne rien promettre du tout. » Si faccia pure ai Compilatori del Codice Napoleone lo stesso rimprovero per non avere assegnato nell'articolo 2110 un termine all'architetto ad iscrivere il suo privilegio, io mi unirò alla schiera dei censori; chè gl'inconvenienti della mia interpretazione non nascono dalla stessa interpretazione che rispetta il silenzio del legislatore, nascono dalla legge istessa, che non si

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 212.
(2) Art. 2108, n. 279.

curò di assegnare un termine all'architetto ad iscrivere il suo privilegio.

454. Il Duranton pensa (1) che quando l'architetto ha iscritto o prima della alienazione dell'immobile gravato dal privilegio o dopo l'alienazione entro i quindici giorni dalla trascrizione del contratto fatta dall'acquirente il primo processo verbale, la iscrizione del secondo processo verbale possa farsi anche dopo il termine dei quindici giorni, perchè la iscrizione del primo processo verbale è quella che dà vita in faccia ai terzi al privilegio dell'architetto, e la iscrizione del secondo processo verbale non ha altro scopo che di far conoscere l'ammontare del credito dell'architetto. Non è della stessa opinione il Troplong (2), il quale pensa che quando si tratta di lavori già terminati all'epoca della alienazione, l'architetto deve mettersi in regola in faccia all'acquirente ed iscrivere entro i quindici giorni dalla trascrizione anche il secondo processo verbale. Siccome l'articolo 2110 dichiara che gli architetti e le altre persone ivi indicate conservano i loro privilegi mediante la doppia iscrizione dei due processi verbali, così io tengo col Troplong che entro i quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente debba l'architetto iscrivere il primo e il secondo processo verbale, e ciò perchè dovendo la trascrizione in forza dell'articolo 834 del Codice di Procedura portare la purgazione dei fondi dai privilegi e dalle ipoteche non iscritte entro i quindici giorni, non deve esser lecito completare una iscrizione monca ed imperfetta dopo il detto termine. La iscrizione del secondo processo verbale o è necessaria o no. Se è necessaria, come rigorosamente prescrive l'articolo 2110, il compratore avrà tutto il diritto di opporre che non fu fatta entro il tempo lasciato ai creditori ad iscrivere i loro crediti sull'immobile venduto, e scorso il quale l'immobile stesso resta purgato *ipso jure*.

455. La disposizione dell'articolo 2110 del Codice Napoleone è ripetuta nell'articolo 1996 del Codice delle Due Sicilie. Io però credo che le espressioni — *dalla data della inscrizione del primo processo verbale,* — che si leggono nell'articolo 1996 del Codice delle Due Sicilie abbiano un significato diverso da quelle dell'articolo 2110 del Codice Napoleone, e che importino che il grado del privilegio dell'architetto debba misurarsi dalla data della iscri-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 212.
(2) Art. 2110, n. 321.

zione del primo processo verbale. E infatti l'articolo 1992 del Codice delle Due Sicilie ripetendo la disposizione dell'articolo 2106 del Codice Napoleone si limita a dire che i privilegi sopra gli immobili non hanno effetto fra i creditori, se non in quanto siano stati resi pubblici colla inscrizione, e omette le espressioni dell'articolo 2106 del Codice Napoleone *dalla data di tale inscrizione*, le quali vengono interpretate nel modo già detto (1). L'aggiunta pertanto che fa il Codice delle Due Sicilie nell'articolo 1996 delle espressioni *dalla data della inscrizione del primo processo verbale* non possono avere altro significato se non che il grado del privilegio degli architetti deve misurarsi dalla data della iscrizione del primo processo verbale. Al contrario le espressioni dell'articolo 2110 del Codice Napoleone *dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale* trovano una spiegazione nel significato attribuito dalla legge alle consimili espressioni *dalla data di tale inscrizione* che si leggono nell'articolo 2106, e non potrebbe dedursi dalle espressioni *dalla data dell' inscrizione del primo processo verbale* dell'articolo 2110 del Codice Napoleone, che il grado del privilegio dell'architetto si misura dalla data della iscrizione del primo processo verbale senza attribuire alle dette espressioni dell'articolo 2110 un significato diverso da quello che la Giurisprudenza attribuisce alle stesse espressioni dell'articolo 2106, ossia senza mettere l'articolo 2110 in contraddizione con l'articolo 2106.

456. Il Codice di Parma ha tolto colla disposizione dell'articolo 2154 le difficoltà lasciate dall'articolo 2110 del Codice Napoleone prescrivendo che sono soggetti all'obbligo della notificazione i crediti degli architetti, impresarj, muratori ed altri operaj, e che questa deve farsi entro il termine di trenta giorni dalla data dell'atto pubblico, o della scrittura privata avente data certa, da cui resultar deve il loro credito. Da questa disposizione non possono nascere le difficoltà a cui dà luogo l'articolo 2110 del Codice Napoleone, perchè al privilegio dell'architetto non può non essere applicabile per identità di ragione ciò che dispone l'antecedente articolo 2153 riguardo al venditore ed al condividente, i cui privilegi mediante la notificazione fatta entro il prescritto termine di trenta giorni si conservano per modo, che ritengono l'epoca di loro origine.

(1) N. 386, pag. 137.

457. Il Codice di Sardegna nell'articolo 2207 dichiara che gli architetti, intraprenditori, ed altri contemplati nel n° 1° dell'articolo 2158 conservano, mediante l'iscrizione 1° del processo verbale comprovante lo stato dei luoghi, 2° del processo verbale di verificazione, i loro privilegi per tutte le opere e provviste fatte dopo la data dell'iscrizione del primo processo verbale, purchè l'iscrizione del secondo processo verbale sia fatta fra tre mesi dalla sua data. Risulta chiaramente da questa disposizione dell'articolo 2207 del Codice di Sardegna, che quando gli architetti e le altre persone contemplate in detto articolo hanno ubbidito alla prescritta condizione, ossia hanno fatta l'iscrizione del secondo processo verbale fra tre mesi dalla sua data, il grado del privilegio si misura dalla data della iscrizione del primo processo verbale, e che questa iscrizione del primo processo verbale conserva dalla sua data il privilegio per tutte le opere e provviste fatte dopo lá medesima. Con quest'articolo pertanto 2207 del Codice di Sardegna sono tolti i due dubbj che si fanno dagli Interpreti del Codice Napoleone, di cui abbiamo già parlato (1), cioè se il grado del privilegio degli architetti si misura dalla data della iscrizione del primo processo verbale, e se il primo processo verbale deve essere iscritto prima della esecuzione dei lavori.

458. Il Regolamento Ipotecario Pontificio dispone nel § 95 che il privilegio degli architetti e delle altre persone nominate nel § 83 n° 1° deve essere iscritto nel termine di due mesi dal compimento delle opere; e che quando manchi la prova scritta, si eseguisce la iscrizione in virtù di un rapporto o certificato di uno o più periti fatto innanzi notaio, e comprovante la esistenza ed il prezzo dei lavori. Quando pertanto la iscrizione del privilegio degli architetti è fatta nel termine dei due mesi fissato col detto § 95, il grado si misura dalla data della scrittura o del certificato, da cui risulta il credito, e che servì di appoggio alla iscrizione. Infatti il § 100 del lodato Regolamento stabilisce che l'effetto delle iscrizioni consiste nel conservare i privilegi dalle epoche rispettive a cui rimontano i termini assegnati per eseguirle.

459. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* prescrive nell'articolo 38 per gli architetti, cottimanti, o altri contemplati all'articolo 17 n° 3° la iscrizione 1° della relazione

(1) N. 452, 453.

del perito giudiciale, che ha riconosciuto lo stato precedente del fondo, rimessa avanti il cominciamento dei lavori; 2° della relazione del perito che ha riconosciuta la esecuzione dei lavori, e vuole che di ambedue le dette relazioni sia presa iscrizione distinta dentro trenta giorni da quello in cui saranno state respettivamente rimesse. Da questa disposizione apparisce che quando le iscrizioni delle due relazioni sono prese entro il termine dalla legge fissato, il rango del privilegio si misura dalla data della prima relazione rimessa avanti il cominciamento dei lavori, e ciò perchè il successivo articolo 39 dichiara che pendente per il creditore il termine ad iscrivere il privilegio, non gli pregiudicano le altre iscrizioni, che frattanto possono accendersi sui beni stessi. Quanto poi ai sovventori dei danari o dei materiali impiegati nel restauro, miglioramento, o compimento di uno stabile, i quali devono iscrivere il privilegio loro accordato dall' articolo 17 n° 2° nel termine di giorni trenta assegnato dall' articolo 37 per la iscrizione in generale dei privilegi, il detto termine di giorni trenta si conta giusta il citato articolo 37 dal giorno dell' istrumento pubblico o dalla data materiale dell' atto privato d' imprestito, e quindi il loro privilegio iscritto nel termine stabilito acquista il grado dallo stesso giorno dell' istrumento o dalla stessa data materiale dell' atto privato d' imprestito.

Articolo 2111.

I creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, in conformità dell' articolo 878 del titolo *delle Successioni,* conservano riguardo ai creditori degli eredi o rappresentanti il defunto i loro privilegi sopra i beni immobili dell' eredità, mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione.

Prima della scadenza di questo termine, non può essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra i detti

beni dagli eredi o rappresentanti il defunto, in pregiudizio dei creditori o legatarj.

460. Abbiamo parlato (1) del benefizio della separazione dei patrimonj, degli effetti che ne derivano tanto sui mobili quanto sugli immobili, in quali casi e a quali persone competa. Resta a dire della pubblicità, a cui è stato rispetto agli immobili assoggettato il detto benefizio. Siccome il benefizio della separazione dei patrimonj si risolve in sostanza in un privilegio, e i privilegi sugli immobili furono sottoposti al sistema della pubblicità, così anche il detto benefizio allorchè si esercita sugli immobili è soggetto allo stesso sistema della pubblicità, dalla quale è dispensato quando si esercita sui mobili, essendo i privilegi sui mobili eccettuati dalla formalità della iscrizione.

Stabilisce l'articolo 880 che il diritto di chiedere la separazione dei patrimonj può, riguardo agl'immobili della eredità, esercitarsi finchè esistono in potere dell'erede. Ma a questa disposizione ha portata una importantissima modificazione l'articolo 2111, secondo il quale i creditori ed i legatarj che vogliono far uso del benefizio della separazione devono conservare i loro privilegi sopra i beni immobili della eredità mediante le iscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione. Qui però è duopo distinguere il caso, in cui i creditori e legatarj del defunto chiedono la separazione dei patrimonj trovandosi a fronte dei soli eredi, dal caso in cui la chiedono in concorso dei creditori personali degli stessi eredi. Nel primo caso i creditori ed i legatarj possono chiedere la separazione, riguardo agli immobili, finchè l'azione non è prescritta, ossia finchè gl'immobili stessi esistono in potere dell'erede. Nel secondo caso non possono far uso del diritto di separazione, se mediante la iscrizione fatta entro il termine stabilito coll'articolo 2111 non hanno conservato il privilegio che nasce dalla domanda della separazione (2). È solamente in faccia ai creditori che le iscrizioni dei privilegi sono necessarie, come risulta chiaramente dall'articolo 2106, ed anche l'articolo 2111 dichiara espressamente che i creditori ed i legatarj chiedenti la separa-

(1) N. 362, pag. 92.
(2) Persil, art. 2111, n. 6.

zione dei patrimonj conservano *riguardo ai creditori degli eredi* i loro privilegi sopra gli immobili della eredità mediante la iscrizione fatta nel termine stabilito. Il difetto dunque della iscrizione, di cui parla l'articolo 2111, potrà essere opposto dai creditori personali degli eredi, non già dagli eredi stessi, ai creditori ed ai legatarj del defunto che non si curarono di accendere la necessaria iscrizione entro i sei mesi dal giorno in cui fu aperta la successione. In faccia agli eredi, i creditori ed i legatarj invocando la disposizione dell' articolo 880 possono esercitare il benefizio della separazione finchè gl'immobili esistono in potere degli stessi eredi. In faccia ai creditori personali degli eredi, non possono i creditori ed i legatarj del defunto invocare la disposizione dell' articolo 880, se non hanno adempiuto alla condizione della iscrizione prescritta col citato articolo 2111, dal quale resta modificata la disposizione dell' articolo 880. In concorso dunque dei creditori personali dell'erede non basta che gl'immobili della eredità esistano in potere dell'erede, perchè i creditori ed i legatarj del defunto possano far uso del benefizio della separazione dei patrimonj. È necessario inoltre che sia stata accesa nel termine dei sei mesi dall'aperta successione la iscrizione prescritta dall' articolo 2111.

461. Nasce il dubbio, se tutti i creditori dell'erede potranno opporre ai creditori ed ai legatarj del defunto il difetto dell'iscrizione prescritta dall'articolo 2111, o pure se un tale diritto competa solamente ai creditori ipòtecarj. Alcuni Interpreti (1) pensano che i creditori chirografarj od anche i creditori ipotecarj aventi ipoteca non iscritta non possano opporre ai creditori e legatarj del defunto, che vogliono far uso del benefizio della separazione, il difetto della iscrizione voluta dall'articolo 2111, e che il diritto di opporre la mancanza della detta iscrizione sia ristretto ai creditori ipotecarj aventi ipoteca iscritta o esente per legge dalla iscrizione. Il Troplong (2) non è interamente di questo avviso, e dice che se i creditori chirografarj dell'erede non hanno interesse ad opporre il difetto della iscrizione prescritta dall'articolo 2111 per la ragione che i creditori ed i legatarj del defunto anche scorso il termine dei sei mesi possono accendere la iscrizione all'appog-

(1) Persil, art. 2111, n. 7. Merlin, Répert., sotto le parole: Sépar. de patrim. Grenier, Hyp., tom. 2, n. 432.

(2) Art. 2111, n. 325.

gio dell'articolo 2113, e così anche perduto il privilegio ottenere un grado ipotecario preferibile sempre a qualunque creditore chirografario, non può dirsi lo stesso dei creditori ipotecarj non iscritti, i quali sebbene nel momento in cui è fatta la dimanda della separazione non abbiano accesa la loro iscrizione, sono in diritto di farla, e quindi di opporre, muniti di ipoteca iscritta, ai creditori e legatarj del defunto il difetto della iscrizione voluta dall'articolo 2111, e domandare un grado di preferenza, quand'anche i creditori ed i legatarj dopo la scadenza del termine dei sei mesi accendessero l'iscrizione all'appoggio del citato articolo 2113. Può dunque secondo il Troplong il difetto della iscrizione opporsi ai creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj da tutti i creditori ipotecarj dell'erede, ed anche da quelli che al momento della dimanda della separazione non aveano iscritta la loro ipoteca. Siccome i privilegi giusta l'articolo 2106 non hanno effetto fra i creditori se non in quanto siano stati resi pubblici colla iscrizione, e siccome il benefizio della separazione dà ai creditori e legatarj del defunto un privilegio sugli immobili della eredità per essere preferiti a qualunque creditore personale dell'erede, così io tengo che qualunque creditore personale dell'erede, o appartenga alla categoria dei chirografarj, o a quella degli ipotecarj, o abbia iscritta o non abbia iscritta la sua ipoteca, abbia tutto il diritto di opporre ai creditori e legatarj del defunto, che non iscrissero, come prescrive l'articolo 2111, entro il termine di sei mesi il privilegio derivante dal benefizio della separazione dei patrimonj, la mancanza della iscrizione, essendo una tale iscrizione una condizione indispensabile all'esercizio del detto privilegio.

462. Gl'Interpreti del Diritto Francese hanno promosso un altro dubbio, ed è se i creditori e legatarj del defunto devono entro il termine dei sei mesi prescritto dall'articolo 2111 non solo iscrivere il privilegio, ma altresì domandare in giudizio la separazione dei patrimonj, non ostante che l'articolo 880 prescriva che riguardo agl'immobili l'azione ossia dimanda della separazione può esercitarsi finchè esistono in potere dell'erede. Il Merlin (1), e con esso alcuni altri pensano che quando i creditori e legatarj del defunto vogliono esercitare il privilegio della separazione in faccia ai creditori ipotecarj dell'erede, devono fare la dimanda

(1) Répert., Sépar. de patrim.

della separazione entro i sei mesi assegnati alla iscrizione del privilegio, sebbene gl'immobili dell'eredità siano ancora in potere dell'erede. Sostengono questi Interpreti che l'articolo 2111 ha portato una radicale modificazione alla disposizione del citato articolo 880, perchè secondo essi il termine dei sei mesi non è solo prescritto per fare la iscrizione del privilegio, ma altresì per fare in giudizio la domanda della separazione, dimodochè scorso il detto termine sarebbe perento il privilegio e prescritta anche l'azione ossia il diritto di chiedere la separazione dei patrimonj. Questi Interpreti fondano la loro opinione nelle parole dell'articolo 2111 « *che dimandano la separazione del patrimonio del defunto*. Da queste credono poter dedurre, che la iscrizione, che deve essere fatta entro sei mesi, deve essere altresì o accompagnata o preceduta dalla espressa dimanda della separazione. Il Duranton (1) è di contrario avviso, e pensa che la iscrizione da eseguirsi nel termine fissato dall'articolo 2111 è indipendente affatto dalla dimanda della separazione, e che non è mestieri che la detta iscrizione sia accompagnata o preceduta dalla dimanda della separazione. Anche il Troplong (2), non ostante la grande venerazione che professa all'autorità somma del Merlin, sostiene che quando i creditori e legatarj del defunto hanno conservato il privilegio mediante la iscrizione fatta nel termine dei sei mesi stabilito dall'articolo 2111, hanno tutto il diritto di fare la dimanda della separazione finchè gl'immobili della eredità esistono in potere dell'erede, e che perciò il benefizio della separazione è conservato colla iscrizione fatta entro i sei mesi, sebbene la dimanda della separazione sia fatta dopo il detto termine. Io sono convinto che la opinione del Troplong sia da seguirsi a preferenza di quella del Merlin e de'suoi seguaci. E infatti su che si fonda la opinione del Merlin? Nelle parole dell'articolo 2111 — *che dimandano la separazione,* — quasi che queste importino che anche la dimanda deve farsi nello stesso termine, in cui deve farsi la iscrizione. Chi non vede che le dette parole dell'articolo 2111 significano, come dice il Troplong, *che hanno diritto di domandare*, o *che vogliono domandare?* D'altra parte quale è lo scopo dell'articolo 2111? Quest'articolo non ha evidentemente altro scopo che di assoggettare al sistema della pubblicità il privilegio che nasce

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 216.
(2) Art. 2111, n. 325.

dal benefizio della separazione, e perciò assegna il termine entro il quale il detto privilegio deve essere mediante l'iscrizione conservato. Il tempo assegnato ad eseguire una formalità necessaria alla conservazione del privilegio non può variare, a meno che la legge non lo dichiari apertamente, i termini entro i quali è esercibile l'azione di separazione. E non solo manca una disposizione, che mostri l'intenzione del legislatore di assoggettare l'esercizio dell'azione di separazione alla stessa prescrizione dei sei mesi assegnati alla iscrizione del privilegio, ma anzi nello stesso articolo 2111 il legislatore fa chiaramente conoscere di volere lasciare intatta l'azione di separazione quale risulta dall'articolo 878. Assegna infatti l'articolo 2111 il termine di sei mesi ad iscrivere il privilegio ai creditori e legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto *in conformità dell' articolo* 878 *del titolo delle Successioni.* Come si può supporre che il legislatore abbia voluto portare una sì grande modificazione all'articolo 880, che permette l'esercizio dell'azione di separazione finchè gl'immobili esistono in potere dell'erede, senza una deroga espressa alla disposizione del detto articolo 880? Bisogna assolutamente legare la disposizione dell'articolo 2111 con quella del citato articolo 880. I creditori ed i legatarj del defunto, che vogliono far uso del diritto di separazione, devono uniformarsi alla prescrizione dell'articolo 2111 iscrivendo il loro privilegio sugli immobili ereditarj entro sei mesi dal giorno dell'aperta successione; ma quando fu accesa entro i detti sei mesi la iscrizione, mediante la quale fu conservato il privilegio derivante dalla separazione, la dimanda per ottenere una tale separazione potrà farsi anche dopo i sei mesi e finchè gli immobili sono in potere dell'erede, e ciò perchè l'articolo 880 permette l'esercizio di detta azione finchè sono in potere dell'erede gli immobili della eredità. E per la stessa ragione se gli immobili della eredità saranno stati alienati dall'erede, i creditori ed i legatarj del defunto non potranno esercitare l'azione della separazione, sebbene mediante la iscrizione fatta entro i sei mesi abbiano conservato il privilegio, non potendosi esercitare un privilegio, comecchè debitamente conservato, quando è rimasta prescritta e perenta l'azione principale. L'articolo 2111 fissa il modo di conservare il privilegio che nasce dal benefizio della separazione, privilegio sottoposto, come tutti gli altri, al sistema della pubblicità, e quando i creditori

della eredità ed i legatarj non hanno adempito alla condizione prescritta col detto articolo 2111, non possono in faccia ai creditori personali dell'erede godere del detto privilegio. Ma il privilegio stesso alligato alla condizione prescritta dall'articolo 2111 è necessariamente subordinato all'esercizio della giudiziale domanda della separazione prescrivibile nel termine fissato dall'articolo 880. Concludendo dunque diremo che la domanda della separazione è esercibile sì in faccia all'erede, come in faccia ai creditori di lui finchè gl'immobili sono in potere dello stesso erede; che questa dimanda è utile ed efficace ed attribuisce un diritto di privilegio ai creditori e legatarj della eredità sì veramente che il privilegio sia stato conservato mediante la iscrizione accesa entro il termine fissato dall'articolo 2111; che quando il privilegio non fu conservato nel modo prescritto dal detto articolo 2111, la dimanda della separazione, sebbene fatta in tempo utile, ossia finchè gl'immobili sono in potere dell'erede, non può più attribuire quel gius di preferenza che deriva dal privilegio e che è lo scopo della dimanda; e finalmente che sebbene il privilegio sia stato debitamente conservato nel modo stabilito col detto articolo 2111, l'azione o dimanda della separazione rimane *ipso jure* prescritta e perenta dopo che gl'immobili passarono nelle mani di un terzo possessore o alienatario.

463. Qui sorge un' altra difficoltà, di cui non voglio passarmi. L' articolo 880 stabilisce che l'azione per ottenere la separazione può esercitarsi riguardo agl' immobili finchè esistono in potere dell' erede. D' altra parte l' articolo 834 del Codice di Procedura accorda ai creditori ipotecarj o privilegiati non iscritti al momento della alienazione il diritto di fare l' iscrizione entro quindici giorni dalla trascrizione del contratto e di conseguenza il diritto di agire con azione reale ipotecaria contro il terzo possessore. Ora dimandano gl' Interpreti, se la disposizione del detto articolo 834 del Codice di Procedura, che ha portato una sì grande modificazione al Codice Civile in ciò che l'alienazione non purga più gl'immobili dalle ipoteche e privilegi non iscritti al momento della medesima, abbia altresì modificata la disposizione dell' articolo 880 dello stesso Codice Civile, e quindi se in forza di detto articolo 834 del Codice di Procedura i creditori e legatarj del defunto potranno con effetto, non ostante che gl' immobili ereditarj siano passati in potere di un terzo possessore, accendere en-

tro i quindici giorni dalla trascrizione fatta dallo stesso terzo possessore l'iscrizione del privilegio derivante del benefizio della separazione, quando non siano scaduti i sei mesi assegnati dall'articolo 2111, o, quando siano scaduti i sei mesi stabiliti dall'articolo 2111, accendere la iscrizione dell'ipoteca all'appoggio dell'articolo 2113, e così esercitare il detto benefizio della separazione anche dopo l'alienazione degli immobili ereditarj.

Il Duranton (1) pensa che dopo la pubblicazione del detto articolo 834 del Codice di Procedura, come quello che accorda ai creditori tutti ipotecarj e privilegiati il diritto d'iscrivere i loro privilegi ed ipoteche dopo l'alienazione degli immobili gravati sì veramente che la iscrizione sia accesa entro quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente, anche i creditori e legatarj del defunto hanno il diritto d'iscrivere entro il detto termine dei quindici giorni dalla trascrizione il privilegio derivante dal benefizio della separazione dei patrimonj se non sono scaduti i sei mesi dal giorno dell'aperta successione, o dopo i sei mesi dall'aperta successione la ipoteca all'appoggio dell'articolo 2113. Dice il Duranton che la massima dell'articolo 880 del Codice Civile, secondo la quale la dimanda della separazione può farsi finchè gl'immobili esistono in potere dell'erede, era in armonia coi principj del Codice Civile, il quale negava l'azione ipotecaria ai creditori ipotecarj e privilegiati non iscritti al momento della alienazione, e che l'articolo 834 del Codice di Procedura, il quale modificando i principj del Codice Civile permette l'iscrizione anche dopo l'alienazione, non può non portare altresì una modificazione del citato articolo 880 del Codice Civile, la cui disposizione non è più compatibile con quella dell'articolo 834 del Codice di Procedura. Il ragionamento del Duranton si riduce a questo: L'articolo 834 del Codice di Procedura, derogando ai principj del Codice Civile, ammette senza eccezioni l'iscrizione delle ipoteche e dei privilegi entro il termine di quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'alienatario. Il benefizio della separazione attribuisce ai creditori del defunto ed ai legatarj un diritto di privilegio sugli immobili della successione; dunque anche i creditori del defunto ed i legatarj potranno invocare il benefizio accordato dal detto articolo 834 del Codice di Procedura a tutti i privilegi, non potendo supporsi che il detto articolo 834 abbia

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 221.

voluto negare ai creditori del defunto ed ai legatarj un diritto concesso a qualunque creditore privilegiato, e quindi la disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura, che accorda ai creditori del defunto ed ai legatarj maggiori e più ampj diritti di quelli che loro attribuisce l' articolo 880 del Codice Civile, è una disposizione modificativa dello stesso articolo 880 del Codice Civile. È bene riportare le stesse parole del Duranton, dalla cui opinione discordo, onde il lettore giudichi con piena cognizione di causa se sia o no giusto il mio dissenso: « Quant à l'art. 880 du Code Civil, qui semble, il est vrai, n'accorder le bénéfice résultant de la séparation des patrimoines aux créanciers du défunt, quant aux immeubles, et par suite le privilège, que tant que ces immeubles sont dans la main de l'héritier, il était en harmonie avec les principes de ce Code, qui n'attribuait le droit de suite par privilège, et même, en général, par hypothèque, qu'autant qu'il y avait inscription lors de l'aliénation de l'immeuble; mais il est évident que l'art. 834, Code de Proc., a eu pour but de changer aussi le droit à cet égard; car, pourquoi l'aurait-il changé par rapport aux créanciers ayant hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code Civil, par rapport aussi aux créanciers ayant privilège sur des immeubles, et aurait-il voulu le laisser subsister par rapport aux créanciers du défunt et à ses légataires, eux qui ont le privilège le plus favorable, puisqu'ils sont payés par préférence même aux créanciers personnels de l'héritier ayant en leur faveur les privilèges énoncés en l'art. 2101? On n'en voit réellement pas la raison; aussi cette distinction n'est-elle point dans l'esprit de cet art. 834. » Anche il Persil (1) tiene che l' articolo 834 del Codice di Procedura abbia modificato la disposizione dell' articolo 880 del Codice Civile, e che i creditori ed i legatarj che vogliono far uso del benefizio della separazione possano entro i quindici giorni dalla trascrizione fatta dall' alienatario iscrivere e conservare il loro privilegio anche in faccia al terzo possessore. Il Troplong (2) discorda interamente da questa opinione, e non ammette che l'articolo 834 del Codice di Procedura abbia potuto modificare la disposizione dell' articolo 880 del Codice Civile, onde è regolato l' esercizio della dimanda della separazione riguardo agli immobili.

(1) Art. 2111, n. 8.
(2) Art. 2111, n. 327.

Io concorro pienamente nell' opinione del Troplong, e credo che non ostante la disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura l' articolo 880 del Codice Civile debba avere tutto il suo effetto, e che perciò l' alienazione degli immobili della eredità prescriva il diritto di chiedere la separazione dei patrimonj. Il ragionamento del Duranton poggia, a mio credere, tutto sul falso. Secondo i principj del Codice Civile l' alienazione purgava *ipso jure* l' immobile alienato dalle ipoteche e dai privilegi non iscritti al momento della alienazione, che rimanevano perenti. Ma per qual motivo le ipoteche e privilegi non iscritti al momento della alienazione rimanevano perenti? Forse per qualche motivo tratto dalla natura intrinseca dei privilegi e delle ipoteche inconciliabile coi diritti del terzo possessore? No certamente, essendo anzi tanto il privilegio quanto l'ipoteca diritti reali che seguono la cosa qualunque ne sia il possessore giusta il principio stabilito dalla L. 14, C. *De pign. et hypothecis*: « Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris. » Rimanevano perenti i privilegi e le ipoteche pel solo difetto della iscrizione non esistente al momento della alienazione, non volendo il Codice Civile che il terzo possessore, il quale aveva in buona fede comprato l' immobile libero da iscrizioni ipotecarie, potesse poi essere molestato con azione ipotecaria da un creditore non iscritto al momento della alienazione. A questa massima derogò l'articolo 834 del Codice di Procedura, il quale accordò ai creditori non iscritti al momento della alienazione l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, purchè sia accesa l' iscrizione entro quindici giorni dalla trascrizione del contratto, che trasferì nel terzo possessore la proprietà dell' immobile gravato. Il Codice di Procedura col detto articolo 834 non ha fatto e non ha voluto altro che conservare in vita anche dopo l' alienazione le ipoteche e i privilegi che per difetto d' iscrizione al momento della stessa alienazione sarebbero secondo i principj del Codice Civile rimasti estinti e perenti, ed ha voluto prolungar loro la vita prescrivendo che non più l' alienazione, ma la trascrizione dovesse purgare gl' immobili dalle ipoteche e dai privilegi non iscritti. Il citato articolo 834 pertanto del Codice di Procedura non può avere altra forza che di salvare dalla morte quei privilegi che sarebbero secondo il Co-

dice Civile rimasti estinti per difetto d'iscrizione al momento della alienazione. Da ciò consegue, che se la causa della perenzione di un privilegio non sarà già il difetto della iscrizione al momento della alienazione, ma una causa diversa e indipendente dalla mancanza della iscrizione, sarà inapplicabile la disposizione del detto articolo 834 del Codice di Procedura, come quello che non avendo altra efficacia, come si disse, che di conservare la vita dei privilegi ed ipoteche che il Codice Civile dichiarava perenti per mancanza d'iscrizione nel momento della alienazione, non può contro il voto del legislatore conservare in vita un privilegio, la cui morte fu cagionatá da tutt' altra causa che dal difetto della iscrizione al momento della alienazione. Ora quando l'erede aliena un immobile della successione, il privilegio derivante dal benefizio della separazione rimane forsé secondo i principj del Codice Civile estinto per la ragione che al momento della alienazione non trovavasi iscritto? No, non è questo il motivo della sua estinzione. È sì vero che succedendo l'alienazione il privilegio derivante dal benefizio della separazione rimane estinto secondo i principj del Codice Civile per causa indipendente dal difetto della iscrizione, che nè pure lo salva dalla morte l'iscrizione esistente al momento della alienazione. Sia che al momento della alienazione il privilegio derivante dal benefizio della separazione si trovi già iscritto, sia che del privilegio stesso manchi la iscrizione, verificandosi l'alienazione il privilegio rimane estinto. Ma quale è il motivo, per cui, ove succeda l'alienazione degli immobili della successione, il privilegio derivante dal benefizio della separazione rimane estinto indipendentemente dalla esistenza o non esistenza della iscrizione? Il motivo è che in forza dell'articolo 880 il diritto di domandare la separazione rimane prescritto il giorno, in cui succede l'alienazione. È dunque chiaro che l'articolo 834 del Codice di Procedura, col quale si vollero conservare in vita i privilegi e le ipoteche che il Codice Civile dichiarava perenti per mancanza d'iscrizione al momento della alienazione, non può essere applicabile al privilegio inerente al diritto della separazione. Come l'articolo 834 del Codice di Procedura non potrebbe avere forza di prolungare la vita di un privilegio inerente ad un credito che al momento della alienazione fosse rimasto prescritto per ragione di tempo, appunto perchè l'estinzione del

privilegio sarebbe una conseguenza della prescrizione dell' azione del credito indipendentemente dal difetto d'iscrizione, così il citato articolo 834 del Codice di Procedura non può esercitare alcuna influenza sul privilegio derivante dal benefizio della separazione per la ragione che un tale privilegio rimane estinto, indipendentemente dalla esistenza o non esistenza della iscrizione, in causa della prescrizione a cui va soggetta nel momento della alienazione l'azione spettante ai creditori ed ai legatarj per chiedere la separazione dei patrimonj.

Ma il Duranton afferma che l'articolo 880 era in armonia colla massima del Codice Civile, giusta la quale le ipoteche ed i privilegi rimanevano estinti se non erano iscritti al momento della alienazione, e che essendo questa massima stata modificata ed anzi abrogata dall'articolo 834 del Codice di Procedura, questo stesso articolo ha altresì portata una modificazione alla disposizione dell'articolo 880 del Codice Civile. Il supporre, come fa il Duranton, che la disposizione dell'articolo 880 non sia che una conseguenza del principio stabilito dal Codice Civile, giusta il quale le ipoteche ed i privilegi rimanevano estinti se non erano iscritti al momento della alienazione, è un errore. La disposizione dell'articolo 880 è indipendente affatto dai principj che regolano la materia della pubblicità dei privilegi e delle ipoteche. La massima stabilita col detto articolo 880 è antica ed anteriore al sistema delle ipoteche iscritte, è la ripetizione e conferma di un principio di Romana Giurisprudenza stabilito dalla L. 2, D. *De separationibus:* « Ab herede vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur: utique si nulla fraudis incurrat suspicio. Nam quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent. » Le Leggi Romane, da cui i Compilatori del Codice Napoleone trassero il meglio delle loro disposizioni, accordarono ai creditori del defunto ed ai legatarj il benefizio della separazione; ma vollero che fossero rispettati i contratti di alienazione fatti in buona fede dall'erede, che essendo il legittimo proprietario delle sostanze ereditarie ha tutto il diritto di disporne e di alienarle. La equità non solo, ma la giustizia, e il pubblico interesse volevano che il favore della separazione accordato ai creditori ed ai legatarj non si spingesse tant' oltre da potersi rompere ed annullare i contratti di alienazione in buona fede stipulati coi terzi dall'erede unico e vero proprietario delle

sostanze ereditarie. La massima proclamata dalla citata L. 2, D. *De separ.*, e confermata e ripetuta dal citato articolo 880 del Codice Napoleone, appartiene a un ordine di cose e di idee ben diverso da quello che regola la materia delle ipoteche, ed io sono pienamente convinto che l'articolo 834 del Codice di Procedura non possa in alcuna maniera aver forza di derogare alla disposizione dell'articolo 880 del Codice Civile che contiene una delle più essenziali massime, che regolano il diritto di chiedere la separazione.

Ma per qual ragione, dice il Duranton che trova incompatibile la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura con quella dell'articolo 880 del Codice Civile, avrebbe l'articolo 834 modificato i principj del Codice Civile rispetto alle ipoteche e a tutti i privilegi sugli immobili stabiliti dall'articolo 2103, e li avrebbe poi lasciati intatti ed in pieno vigore rispetto al solo privilegio della separazione ugualmente e forse più degli altri favorito dal legislatore? Chi attentamente e profondamente considera la causa e la natura del privilegio derivante dal beneflzio della separazione facilmente trova la ragione di una tale differenza. È proprio dei diritti reali costituiti sugli immobili, come sono le ipoteche ed i privilegi stabiliti dall'articolo 2103, di seguire la cosa alla quale sono inerenti, chiunque della cosa stessa sia il possessore. Quando pertanto l'articolo 834 del Codice di Procedura permetteva ai creditori privilegiati ed ipotecarj d'iscrivere i loro privilegi ed ipoteche dopo l'alienazione, rendeva omaggio al principio tratto dalla natura intrinseca dei diritti reali stabilito dalla L. 12, C. *De distrac. pignorum:* « Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente, distraxit: dominium cum sua causa transtulit ad emtorem. » Al contrario a chi è accordato il diritto di domandare la separazione? Ai creditori chirografarj della successione, che non hanno alcun gius reale sugli immobili ereditarj, e che non hanno sui beni stessi altri diritti che quelli che in forza degli articoli 2092 2093 ai creditori competono sui beni del loro debitore. E quali sono questi diritti che i creditori chirografarj hanno sui beni del loro debitore in forza dei citati articoli? I creditori chirografarj non hanno alcun diritto sui beni alienati dal loro debitore (1),

(1) Vedi il Vol. 1, pag. 9, n. 9 e 10.

e non hanno altro diritto che di domandare la vendita giudiziale e la distribuzione del prezzo dei beni che compongono il patrimonio dello stesso debitore. Quando il debitore è morto, la persona di lui è rappresentata dall' erede giusta il principio stabilito dalla L. 62, D. *De div. reg. Iuris:* « Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. » E come i creditori chirografarj non possono esercitare alcun diritto sui beni alienati dal loro debitore, così nessun diritto esercitar possono sui beni alienati dall' erede del debitore, avendo l' erede gli stessi diritti che il defunto. La disposizione dunque dell' articolo 880, secondo la quale la dimanda della separazione può esercitarsi finchè i beni immobili esistono in potere dell' erede, non è già, come pretende il Duranton, in armonia colla massima proclamata dal Codice Napoleone, giusta la quale gli immobili alienati rimangono col solo fatto della alienazione purgati dalle ipoteche e dai privilegi non iscritti; ma è un omaggio reso dalla legge al principio, onde è vietato ai creditori chirografarj di esercitare diritti sui beni dal debitore in buona fede alienati. Accorda la legge ai creditori della successione il diritto della separazione e il privilegio di essere preferiti sul prezzo dei beni ereditarj ai creditori personali dell' erede; ma con questo diritto non poteva la legge accordare ai creditori della successione, senza ledere i principj fondamentali del Diritto, sui beni ereditarj maggiori diritti di quelli che avrebbero potuto sui beni stessi esercitare durante la vita del debitore. Se il debitore, finchè è in vita, aliena i beni, che sono la garanzia comune de' suoi creditori, i creditori chirografarj di lui nessun diritto esercitar possono sui beni alienati. Dunque, morto il debitore, i creditori chirografarj di lui nessun diritto esercitar devono sui beni ereditarj alienati dall' erede, che ha tutti i diritti ed obblighi del defunto debitore. A me pare che una attenta analisi sulla causa e natura del diritto di separazione spieghi chiaramente la ragione della disposizione dell' articolo 880 del Codice Civile, ed il perchè l' articolo 834 del Codice di Procedura non può per nulla avere modificata la massima stabilita col detto articolo 880 del Codice Civile, dipendente da principj particolari al diritto di separazione ed estranei agli altri privilegi dell' articolo 2103.

Ma il Duranton dice che quando non si volesse ammettere avere l' articolo 834 del Codice di Procedura modificata la disposizione

dell' articolo 880 del Codice Civile, ne verrebbe che i legatarj, ai quali è accordata una ipoteca legale dall'articolo 1017, indipendente dal diritto di domandare la separazione dei patrimonj, *hypothèque indépendante de la séparation des patrimoines*, potrebbero in forza dell' articolo 834 del Codice di Procedura iscrivere la loro ipoteca dopo l' alienazione degli immobili ereditarj entro i quindici giorni dalla trascrizione fatta dall'acquirente, e che i creditori della successione, i quali hanno diritto di essere pagati preferibilmente ai legatarj, nessun diritto potrebbero esercitare sui beni ereditarj dopo la loro alienazione. Prendo atto di ciò che dice il Duranton, che cioè la ipoteca accordata ai legatarj dall' articolo 1017 è indipendente dal benefizio della separazione. Hanno dunque i legatarj due diritti distinti e indipendenti l' uno dall'altro, cioè il diritto di chiedere la separazione dei patrimonj, ed una ipoteca legale diversa dal diritto della separazione. E però se i legatarj eserciteranno il diritto della separazione dovranno uniformarsi alla disposizione dell' articolo 880 del Codice Civile, ossia farne la domanda finchè gli immobili esistono in potere dell' erede; e se faranno uso del diritto d'ipoteca, allora potranno esercitare il diritto che l' articolo 834 del Codice di Procedura accorda ai creditori ipotecarj non iscritti al momento delle alienazione. Se da ciò sorge il risultato, che il Duranton chiama *bizzarro*, che cioè i creditori della successione che hanno diritto di essere pagati preferibilmente ai legatarj, vengono ad essere meno favoriti dei legatarj, la colpa è del legislatore che ha accordato ai legatarj due diritti distinti e indipendenti l' uno dall' altro, l' ipoteca legale e il benefizio della separazione, laddove i creditori della successione hanno il solo diritto di chiedere la separazione dei patrimonj. Questo risultato *bizzarro* non nasce dalla interpretazione da noi data all' articolo 834 del Codice di Procedura, e a torto il Duranton vorrebbe trarne la conseguenza che l'articolo 834 del Codice di Procedura ha modificata la disposizione dell'articolo 880 del Codice Civile. Del resto non è questo sistema così *bizzarro*, come può sembrare a primo aspetto, ove si consideri che la legge coll' ipoteca legale accordata al legatario ha voluto garantire l' obbligazione personale che l' erede contrae direttamente col legatario mediante il quasi contratto derivante dalla adizione, al quale Giustiniano accenna colle parole: « Heres quoque legatorum nomine.... quasi

ex contractu debere intelligitur (1). » I legatarj a differenza dei creditori del defunto vestono il doppio carattere di creditori della eredità e di creditori personali dell' erede, sebbene siano propriamente e rigorosamente, come osserva il Vinnio (2), creditori anzi dell' erede che dell' eredità: « Ex legatis non est obligatio hereditaria, sed obligatio heredis, quamvis hereditariæ loco esse dicatur. » Non è dunque meraviglia, se ai legatarj viene accordato anche un doppio rimedio, cioè il benefizio della separazione in quanto sono dalla legge considerati come creditori della eredità, benefizio propriamente concesso ai creditori del defunto, ed inoltre la ipoteca legale intesa a garantire la obbligazione che l'erede assume personalmente verso gli stessi legatarj in grazia del quasi contratto che nasce dalla adizione della eredità.

L'articolo 834 del lodato Codice di Procedura riserva espressamente al venditore ed ai coeredi i diritti che loro attribuiscono gli articoli 2108 e 2109 del Codice Civile. Il diritto che ai coeredi compete in forza del detto articolo 2109 è quello di conservare il privilegio mediante la iscrizione fatta entro sessanta giorni computabili dall' atto della divisione, e lo stesso diritto è accordato ai creditori ed ai legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, colla sola differenza che ai coeredi è assegnato dall'articolo 2109 il termine di sessanta giorni ad iscrivere il loro privilegio, laddove ai creditori e legatarj è dall' articolo 2111 assegnato il termine di sei mesi per conservare mediante la iscrizione il privilegio derivante dal benefizio della separazione. Perchè l' articolo 834 del Codice di Procedura non ha fatta anche in favore dei creditori e legatarj, che dimandano la separazione, la stessa riserva fatta in favore dei coeredi? La ragione di questo silenzio del legislatore riguardo ai creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj si trova in ciò, che la disposizione dell'articolo 834 del Codice di Procedura non è applicabile al privilegio derivante dal diritto di chiedere la separazione dei patrimonj, diritto che rimane prescritto ed estinto il giorno in cui gl' immobili ereditarj sono passati in potere di un terzo possessore. Per tutte queste ragioni io sono convinto contro l'opinione del Duranton e del Persil che l' articolo 834 del Codice di Procedura non ha per

(1) Instit., lib. 3, tit. 28, § 3.
(2) Instit., lib. 3, tit. 28, § 3, sotto le parole — *Legatorum nomine*.

nulla modificata la disposizione dell' articolo 880 del Codice Civile, e che non ostante la massima consacrata dal detto articolo 834 del Codice di Procedura l' azione per dimandare la separazione dei patrimonj è esercibile soltanto finchè gl' immobili ereditarj esistono in potere dell' erede, e rimane prescritta ed estinta pel solo fatto della alienazione.

464. Sebbene l' articolo 880 del Codice Napoleone stabilisca che l' azione per ottenere la separazione può muoversi finchè gl' immobili esistono in potere dell' erede, ritengono i Dottori (1) che il benefizio della separazione può esercitarsi sul prezzo degli immobili ereditarj alienati dovuto dal compratore. Quali pertanto saranno le conseguenze di questa massima ammessa dalla Giurisprudenza? I creditori del defunto ed i legatarj per potere invocare il benefizio della separazione sul prezzo da pagarsi dei beni alienati dovranno iscrivere il loro privilegio entro i quindici giorni dalla trascrizione del contratto di alienazione, o potranno fare la iscrizione anche dopo i quindici giorni dalla trascrizione purchè sia fatta entro i sei mesi stabiliti dall' articolo 2111? Il Troplong (2) dice che l' alienazione in forza dell' articolo 880 estingue il diritto di chiedere la separazione in faccia al terzo possessore, nelle mani del quale passò l' immobile ereditario libero e purgato dal privilegio spettante ai creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, e che perciò ai creditori e legatarj, che vogliono far uso del diritto di separazione sul prezzo dovuto dal terzo possessore in concorso e in pregiudizio dei creditori personali dell' erede, diviene affatto estranea ed inapplicabile la disposizione dell' articolo 834 del Codice di Procedura, come quello che regola e fissa i rapporti che passano tra i creditori ipotecarj o privilegiati ed il terzo possessore. Opina pertanto il Troplong che rimanendo estraneo il terzo possessore, contro il quale non è esercibile il diritto di separazione, alla lotta che si apre sul prezzo tra i creditori della eredità e i creditori dell' erede, i primi non hanno obbligo d'iscrivere il loro privilegio entro i quindici giorni dalla trascrizione, ma possono iscriverlo anche dopo il detto termine dei quindici giorni, purchè facciano la iscrizione entro i sei mesi che assegna l' articolo

(1) N. 364, pag. 96.
(2) Art. 2111, n. 327, e 327 bis.

2111 ai creditori ed ai legatarj, che dimandano la separazione, per la conservazione dei loro privilegi *riguardo ai creditori degli eredi o rappresentanti il defunto.*

Io convengo col Troplong che l' alienazione prescrive ed estingue il diritto di chiedere la separazione, e che il fondo alienato dall' erede passò libero e purgato dal privilegio accordato dall' articolo 2111 ai creditori del defunto ed ai legatarj nelle mani del terzo possessore, il quale non può temere alcuna molestia dai detti creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj. Ma ciò ammesso, non posso convenire con lui che si possa accendere l'iscrizione o prima o dopo i quindici giorni dalla trascrizione su un fondo, sul quale non gravita il privilegio che si vorrebbe iscrivere. L' articolo 2111 assegna il termine di sei mesi ai creditori e legatarj, che dimandano la separazione, per conservare i loro privilegi *sopra i beni immobili dell' eredità mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni,* e vorrebbe il Troplong che queste iscrizioni si potessero fare anche dopo che i beni non sono più capaci di sostenerle? Le iscrizioni del privilegio della separazione se devonsi fare sopra i beni immobili della eredità, come vuole l' articolo 2111, in qual modo potranno eseguirsi dopo che gl' immobili rimasero colla alienazione purgati? L' iscrizione di un privilegio o di una ipoteca è una forma che ha bisogno di un soggetto che la riceva, e quando o manca il soggetto, o il soggetto non è più capace di riceverla, non so capire come la iscrizione si possa eseguire. Non vale il dire che questa iscrizione non può avere alcun effetto in faccia al terzo possessore, al quale non può recare alcun pregiudizio, e che è unicamente destinata a conservare il privilegio della separazione sul prezzo dell' immobile venduto in concorso e in pregiudizio dei creditori personali dell' erede. Che fa che la iscrizione non possa nuocere al terzo possessore? Quel che importa si è, se dopo il passaggio degli immobili ereditarj nelle mani di un terzo possessore, questi immobili sieno o no capaci di portare il peso della iscrizione, e non so come possano conciliarsi queste due idee, cioè purgazione degli immobili dal privilegio della separazione, ed iscrizione dello stesso privilegio sugli immobili purgati. Confessa anche il Troplong essere anomalo ed irregolare un tale sistema, ma essere voluto dalla volontà della legge, a cui è forza ubbidire: « Je sais bien tout ce qu'il y a d'anomalie dans cet état de choses. Mais

quand la loi est formelle, il faut y obéir. Elle est maîtresse d'apporter des exceptions aux principes généraux. » A dir vero io non veggo questa volta che l'anomalia confessata dal Troplong sia voluta dal legislatore. Che cosa vuole e comanda la legge? Vuole che i creditori ed i legatarj iscrivano il privilegio della separazione entro sei mesi dal giorno dell'aperta successione *sopra i beni immobili dell' eredità,* e che la dimanda della separazione possa farsi finchè gl'immobili esistono in potere dell'erede. Quale è il risultato naturale della volontà del legislatore manifestata colle disposizioni degli articoli 880 e 2111? Il risultato naturale si è che la iscrizione del privilegio dovrà farsi entro sei mesi dall'aperta successione, e che sebbene non siano scaduti i sei mesi dall'aperta successione la iscrizione non potrà più eseguirsi, se gl'immobili, sopra i quali dovea farsi la iscrizione, passarono mediante un contratto di alienazione in terze mani, essendo allora prescritto ed estinto il diritto della separazione, e gli immobili della eredità purgati dal privilegio. Io non veggo che dalle combinate disposizioni degli articoli 880 e 2111 possa dedursi altra conseguenza, e non so come il Troplong possa asserire che l'anomalia, risultante dalla massima da esso sostenuta, sia voluta e comandata dalla legge, quasi che la legge autorizzi o comandi la iscrizione di un privilegio dopo che l'immobile, sopra del quale dovrebbe accendersi, ne rimase purgato. E non potendosi più iscrivere il privilegio della separazione dopo l'alienazione degli immobili ereditarj nè prima nè dopo la trascrizione fatta dall'acquirente, essendo i medesimi rimasti purgati col solo fatto della alienazione, siano o non siano scaduti i sei mesi dall'aperta successione, io penso che i creditori e legatarj che invocano il benefizio della separazione non potranno esercitare sul prezzo degli immobili alienati dovuto dall'acquirente che quei diritti che loro competono sui beni mobili e sui crediti della eredità, rispetto ai quali il diritto della separazione si prescrive in forza dell'articolo 880 col decorso di tre anni. Nè questa mia opinione si oppone alla dottrina altra volta citata del Voet, il quale pensa che nel giudizio di separazione il prezzo delle cose alienate dall'erede rappresenta in favore dei creditori e legatarj la stessa cosa alienata. Prima di tutto osserverò che il Voet manifesta intorno a questo punto una opinione sua propria, e non proclama una massima e teoria inconcussa: « rationem non video, cur non pretii

saltem respectu separationis petendae facultas supersit (1). » D'altra parte sia pur vero che il prezzo rappresenta la cosa; ma quando la legge fa dipendere la vita e l'esercizio di un privilegio dall'adempimento della formalita dell'iscrizione, la quale deve sempre accendersi su di un immobile, quando l'immobile sul quale la iscrizione dovrebbe radicarsi, non è più capace di sopportarla, ed è rimasto purgato, come avviene appunto nel caso della alienazione fatta dall'erede degli immobili ereditarj, allora chi avea il privilegio sul fondo non può più trasportare il suo privilegio sul prezzo, ossia il prezzo per l'effetto del privilegio non può più rappresentare il fondo, quand'anche si ammetta per massima generale che il prezzo rappresenta la cosa, e ciò perchè non può più adempirsi la condizione, quella cioè dell'iscrizione, senza la quale il privilegio non compete e non può esercitarsi.

465. La iscrizione prescritta dall'articolo 2111 per la conservazione del privilegio spettante ai creditori ed ai legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj non deve confondersi colla iscrizione accesa dai creditori ipotecarj della eredità per la conservazione della loro ipoteca. Tizio è creditore con ipoteca non iscritta di Cajo, di cui è erede Sempronio. Questi non guari dopo la morte del suo autore Cajo ipoteca a favore di Panfilo suo creditore il fondo C già ipotecato da Cajo a favore di Tizio. Panfilo accende la sua iscrizione, e dopo di lui si sveglia anche Tizio creditore del defunto Cajo, e circa tre mesi dopo la morte dello stesso Cajo suo debitore iscrive la sua ipoteca che gli venne costituita dal detto Cajo già passato a miglior vita. L'iscrizione di Tizio sebbene accesa dopo la morte del debitore Cajo ed entro i sei mesi dall'aperta successione varrà a conservargli il privilegio che l'articolo 2111 accorda ai creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj? Potrà Tizio all'appoggio di questa iscrizione, non ostante che la data sia posteriore a quella di Panfilo, pretendere di essere preferito allo stesso Panfilo invocando il privilegio della separazione? No certamente. Imperocchè è altra cosa l'iscrizione della ipoteca costituita dal defunto, altra l'iscrizione accesa all'appoggio dell'articolo 2111 per la conservazione del privilegio della separazione. La prima non può servire ad altro che a regolare il grado competente a Tizio nel caso

(1) Lib. 42, tit. 6, n. 4.

di una graduatoria in concorso dei creditori del defunto, ed anche, in difetto di dimanda della separazione dei patrimonj, in concorso dei creditori dell' erede. Se Tizio domanda grado nel giudizio di graduazione all' appoggio della iscrizione dell' ipoteca del suo credito, sebbene questa sia stata accesa dopo la morte del debitore e prima della scadenza di sei mesi dall' aperta successione, sarà posposto a Panfilo, perchè l' iscrizione di Panfilo è anteriore di data a quella di Tizio. Se Tizio vuol essere a Panfilo preferito, deve iscrivere entro sei mesi dalla morte del suo debitore Cajo il privilegio della separazione, vincolato dall' articolo 2111 alla condizione di una speciale iscrizione. Questa iscrizione prescritta dall' articolo 2111 è diversa affatto e distinta da quella delle rispettive ipoteche competenti ai creditori del defunto, e si prende dai creditori stessi anche chirografarj all' unico oggetto di rendere efficace il benefizio della separazione, e di impedire la confusione dei due patrimonj, quello cioè del defunto e quello dell' erede. Non bisogna dunque confondere la iscrizione della ipoteca competente ai creditori del defunto a garanzia dei loro rispettivi crediti colla iscrizione prescritta dall' articolo 2111 per la conservazione del privilegio della separazione dei patrimonj (1).

466. L' iscrizione prescritta dall' articolo 2111, come quella che non ha altro scopo che di conservare il privilegio della separazione dei patrimonj, e di attribuire sugli immobili della eredità alla massa dei creditori anche chirografarj della medesima ed ai legatarj la preferenza a qualunque creditore dell' erede, non muta e non varia in alcuna maniera la sorte e la condizione dei creditori che domandarono la separazione e ne conservarono il privilegio, i quali sui beni della eredità separati dal patrimonio dell' erede vengono collocati nel posto e grado che loro s' addice, come se la iscrizione fatta all' appoggio dell' articolo 2111 non avesse mai avuto luogo. La iscrizione voluta dall' articolo 2111 regola i diritti della massa dei creditori del defunto e dei legatarj posti a conflitto colla massa dei creditori dell' erede, ed una volta che questa iscrizione ha ottenuto il suo pieno effetto coll' assicurare sugli immobili della eredità alla massa dei creditori dell' eredità stessa ed ai legatarj il diritto di essere preferiti alla massa dei creditori dell' erede, rimane totalmente estranea ai

(1) Persil, art. 2111, n. 10.

rapporti che hanno tra loro i creditori del defunto ed i legatarj (1). E però fatta la separazione, nella graduatoria che si farà riguardo agli immobili della successione prima di qualunque creditore dell'erede verranno collocati i creditori del defunto ed i legatarj, ed i medesimi coll'ordine seguente, cioè: in primo luogo i creditori privilegiati della eredità nel grado a ciascuno competente giusta le norme stabilite dagli articoli 2096 e 2097; in 2° luogo i creditori ipotecarj della stessa eredità, e questi secondo l'ordine di data delle rispettive iscrizioni delle ipoteche a ciascuno competenti; in 3° luogo la massa dei creditori chirografarj da pagarsi per contributo; e finalmente in 4° ed ultimo luogo i legatarj. È chiaro che ai legatarj deve essere assegnato l'ultimo posto, perchè è principio di Giurisprudenza inconcusso che tanto la legittima, quanto i legati si detraggono dai beni della eredità, *deducto aere alieno*. Perciò la L. 6, D. *De separ.*, la quale accorda ai legatarj lo stesso diritto di chiedere la separazione che hanno i creditori della eredità, avverte che questo diritto gioverà ai legatarj dopo che saranno stati pagati i creditori: « Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem æquum est: ita ut cum creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quæratur (2). »

467. Se tutti i creditori del defunto ed i legatarj avranno debitamente conservato il loro privilegio mediante la iscrizione accesa entro i sei mesi dall' aperta successione, la graduatoria rispetto agli immobili della eredità si farà senza dubbio nel modo ora detto. Ma supponiamo che alcuni creditori della eredità abbiano conservato il privilegio ed altri no, e che gli immobili ereditarj siano stati dall'erede ipotecati a favore di alcuno dei suoi creditori personali. Tizio creditore chirografario della eredità p. e. accende entro i sei mesi dalla morte del suo debitore la iscrizione voluta dall'articolo 2111. Cajo creditore della stessa eredità con ipoteca non per anco iscritta non iscrive entro i detti sei mesi il privilegio della separazione, ma scorsi i detti sei mesi iscrive la sua ipoteca costituitagli dal defunto debitore. Intanto nel-

(1) Tesoro del Foro Toscano, tom. 36, pag. 56, dec. 7, del 26 agosto 1834. Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1840, pag. 68, par. 2, dec. della Corte Regia di Firenze del 28 gennaio 1840.

(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 225.

l'intervallo dei sei mesi dalla morte del debitore l'erede ipoteca i fondi ereditarj a favore di un suo creditore Sempronio. Si apre un giudizio di concorso sui fondi di questa eredità, e compariscono per essere graduati Tizio creditore chirografario della eredità, che mediante la iscrizione fatta entro i sei mesi conservò il privilegio della separazione, Cajo creditore della stessa eredità che reclama il grado che gli compete in forza della ipoteca costituitagli dal defunto debitore ed iscritta dopo sei mesi dalla morte del medesimo, e finalmente Sempronio che domanda grado all'appoggio dell'ipoteca costituitagli dall'erede sui beni ereditarj e debitamente iscritta prima della iscrizione accesa da Cajo creditore ipotecario della eredità. In qual modo dovrà il Giudice fare la graduatoria? Secondo l'opinione del Persil (1) dovrebbe assegnarsi il primo grado a Tizio creditore chirografario della eredità in grazia del privilegio della separazione debitamente conservato nel termine prescritto dall'articolo 2111, il secondo a Sempronio creditore ipotecario dell'erede, la cui iscrizione è anteriore a quella di Cajo, e l'ultimo a Cajo creditore ipotecario dell'eredità, la cui iscrizione è posteriore a quella di Sempronio. Fatta in questo modo la graduatoria, Tizio creditore chirografario della eredità sarebbe preferito a Cajo creditore ipotecario della stessa eredità. Dice il Persil che il creditore ipotecario deve imputare a sè stesso di non avere iscritto entro sei mesi il privilegio della separazione, come ha fatto il creditore chirografario.

Il Duranton (2) è di contrario avviso, e dice che siccome la iscrizione del privilegio della separazione non deve avere alcun effetto fra i creditori della eredità ed i legatarj, e non deve cangiare la loro sorte e condizione, così i creditori e legatarj che iscrissero il privilegio della separazione nel termine fissato dall'articolo 2111 non devono avere alcun vantaggio dalla negligenza di quel creditore ereditario che non iscrisse e non conservò il privilegio della separazione, e nella distribuzione del prezzo non devono avere nè più nè meno di quello che loro sarebbe toccato quando anche il creditore negligente avesse conservato il privilegio. Suppone il Duranton che vi siano due creditori chirografarj della eredità, a ciascuno dei quali sia dovuta la somma di lire

(1) Art. 2111, n. 11.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 226, 227.

20 mila, ed un creditore dell' erede a cui sia dovuta la somma uguale di lire 20 mila, e che l' immobile ereditario, che è il soggetto del giudizio di concorso, valga sole lire 30 mila. Se i due creditori ereditarj avranno iscritto entro i sei mesi il privilegio della separazione, allora toccheranno a ciascuno 15 mila lire sul prezzo dell' immobile, e nulla percepirà il creditore dell' erede. Dice dunque il Duranton che non dovendo la iscrizione del privilegio della separazione cambiare la condizione dei creditori ereditarj, quando vengono in concorso fra loro, il creditore che avrà iscritto il privilegio della separazione entro i sei mesi non potrà mai ottenere più di 15 mila lire in faccia e in concorso dell' altro creditore ereditario che non conservò il privilegio della separazione. E però se uno dei creditori ereditarj iscriverà il privilegio della separazione entro i sei mesi, e l' altro no, e il creditore dell' erede farà la iscrizione della ipoteca stata a favor suo costituita, il grado primo per la somma di lire 20 mila sarà assegnato al creditore ereditario che conservò il privilegio della separazione, ed il grado secondo per le restanti lire 10 mila al creditore ipotecario dell' erede, e quindi al grado terzo, che dovrebbe assegnarsi all' altro creditore ereditario che non conservò il privilegio, non resterebbe alcuna somma, rimanendo l' intero valore dell' immobile assorbito dal primo grado e dal secondo, e rimanendo anzi insoluta la metà della somma dovuta al creditore dell' erede a cui fu assegnato il secondo grado. Ma siccome il Duranton non vuole che il creditore ereditario, a cui fu assegnato il primo grado, abbia vantaggio dalla negligenza dell' altro che non conservò colla iscrizione il privilegio della separazione, e che ottenga l' intera somma delle lire 20 mila, mentre sole lire 15 mila, come si è detto, gli toccherebbero quando amendue avessero conservato il privilegio, quindi il creditore, a cui fu assegnato il primo grado per l' intera somma delle lire 20 mila, dovrebbe cedere 5 mila lire del suo grado all' altro creditore ereditario che non conservò il privilegio. E però secondo il sistema del Duranton nel supposto caso il creditore ereditario, che conservò il privilegio della separazione e a cui fu assegnato il primo grado, avrebbe 15 mila lire solamente nè più nè meno, il creditore ipotecario dell' erede 10 mila, e finalmente l' altro creditore ereditario, che non iscrisse il privilegio, 5 mila lire da detrarsi dal grado primo assegnato per lire 20 mila al credi-

tore che conservò il privilegio della separazione. Il Duranton suppone anche il caso che invece di due creditori ereditarj vi siano un creditore ed un legatario, a ciascuno dei quali siano dovute le lire 20 mila. Siccome i legatarj dovono essere pagati dopo i creditori della eredità, e quando amendue avessero conservato il privilegio mediante l'iscrizione, al creditore ereditario, ritenuto sempre il fondo del valore di lire 30 mila, toccherebbero 20 mila e al legatario sole 10 mila, così se il solo legatario conserva il privilegio della separazione, verrà assegnato nella graduatoria al legatario il primo grado per le lire 20 mila, e il secondo grado per le restanti lire 10 mila al creditore ipotecario dell'erede; ma dalle lire 20 mila assegnate in primo grado al legatario dovrebbonsi detrarre 10 mila da assegnarsi al creditore ereditario che non conservò il privilegio, non dovendo, secondo l'opinione del Duranton, la omissione del creditore che non conservò il privilegio della separazione essere pel legatario che conservò il suo privilegio cagione nè di perdita nè di guadagno.

Io non posso convenire nell'opinione del Duranton, e a quella m'attengo del Persil. Perchè il creditore che conservò il privilegio della separazione deve rinunziare, come vuole il Duranton, una parte del suo grado all'altro creditore negligente che non iscrisse e non conservò il suo privilegio? Qual legge l'obbliga a fare una tale cessione e rinunzia? È verissimo che la iscrizione del privilegio della separazione non deve variare la condizione e il grado spettante ai creditori della eredità, ma ciò si verifica nel caso che ottenuta la separazione, non vi abbia concorso sugli immobili della eredità che di soli creditori del defunto e di legatarj. Quando per fatto indipendente dal creditore o legatario che conservò il privilegio della separazione, e per pura negligenza e colpa del creditore che non si curò di conservarlo, i creditori personali dell'erede hanno acquistato il diritto di concorrere anch'essi sugli immobili della eredità dopo il creditore che conservò il privilegio, lo stato delle cose è cambiato, e il creditore ereditario che non conservò il privilegio, e che perciò di esso non può più trarre profitto, è nè più nè meno nella condizione dei creditori personali dell'erede, essendo l'erede il rappresentante del defunto; e come i creditori personali dell'erede devono subire le conseguenze del privilegio della separazione dei patrimonj nei legali modi conservato da un creditore ereditario o da

un legatario, per la stessa ragione devono sopportarle i creditori ereditarj che non conservarono il detto privilegio, come quelli che, perduto il benefizio della separazione, hanno sui beni ereditarj i soli diritti che competono agli stessi creditori personali dell'erede. D' altra parte gl' inconvenienti del sistema del Duranton non sono piccoli. Nel primo caso da lui supposto il creditore ereditario che conservò il privilegio sarebbe graduato per l' intero suo credito di lire 20 mila in primo grado, e in secondo grado il creditore ipotecario dell' erede per sole lire 10 mila, colle quali due somme rimarrebbe assorbito l' intero valore dell' immobile ereditario di lire 30 mila. In forza per tanto del privilegio della separazione conservato dal creditore ereditario posto in primo grado, il creditore ipotecario dell'erede, a cui è dovuta la somma di lire 20 mila, avrebbe una perdita di lire 10 mila, essendo graduato per sole lire 10 mila. Ora perchè dal grado delle 20 mila lire assegnato al creditore che conservò il privilegio della separazione devonsi detrarre 5 mila lire per darle a un creditore che non conservò punto il benefizio della separazione, mentre il creditore ipotecario dell' erede anteriore di grado a questo creditore negligente è costretto a soffrire uua perdita di lire 10 mila? Osserviamo l' altro caso supposto dal Duranton, quello cioè di un legatario che conservò il privilegio in concorso con un creditore ereditario che non lo conservò punto. Se il fondo ereditario vale 30 mila lire, allora il legatario, che sarebbe graduato per l' intero suo credito di lire 20 mila, dovrebbe secondo l' opinione del Duranton tenere per sè sole lire 10 mila e cedere le altre 10 mila al creditore ereditario che non conservò il privilegio della separazione per la ragione già detta che quando amendue, il legatario ed il creditore ereditario, avessero conservato il privilegio, sole 10 mila lire sarebbero toccate al legatario, dovendo questi essere pagato dopo il creditore ereditario. Se dunque il fondo sarà del valore di sole lire 20 mila, in questo caso il legatario che conservò il privilegio della separazione dovrebbe cedere l' intera somma per cui fu graduato al creditore ereditario che non si curò di conservarlo, e nulla tenere per sè; e ciò perchè, se amendue avessero conservato il privilegio della separazione, l' intero valore dell' immobile ereditario sarebbe stato assorbito dal creditore della eredità e nulla sarebbe toccato al legatario, dovendo questi essere graduato e pagato dopo il creditore. Ecco quale sarebbe

il risultato del sistema proposto e sostenuto dal Duranton, inconciliabile a parer mio colla giustizia e colla equità!

Del resto la opinione, alla quale io contro l'autorità del Duranton con piena convinzione mi attengo, trova un validissimo appoggio nella L. 1,§ 16, D. *De separat.*, la quale supposto il caso che alcuni dei creditori della eredità abbiano seguíta la fede dell'erede e quindi perduto il diritto di chiedere la separazione ed altri no, dichiara che i creditori che hanno perduto il beneflzio della separazione non hanno alcun diritto di trar vantaggio dal benefizio conservato dagli altri: « Quæsitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti; et hi qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem: an eos secum admittant, qui secuti sunt? Et putem, nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerandos. » Per la stessa ragione i creditori chirografarj ed i legatarj che avranno colla iscrizione conservato il privilegio della separazione, trovandosi in concorso di creditori personali dell' erede e di creditori ereditarj che non conservarono il detto privilegio, avranno diritto di essere preferiti agli uni e agli altri, e non avranno alcun obbligo di cedere alcuna parte della somma, per cui furono graduati, ai creditori della eredità che non conservarono il privilegio della separazione, non avendo questi ultimi maggiori diritti di quelli spettanti ai creditori personali dell' erede, *hos enim cum creditoribus heredis numerandos*. Quale è in fatti lo scopo del benefizio della separazione? Il benefizio della separazione fa sì che i creditori della eredità accettata puramente e semplicemente, la cui sorte sarebbe uguale a quella dei creditori personali dell'erede per la ragione che l'erede puro e semplice subentra in tutti i diritti ed obblighi del defunto, non si confondano colla massa dei creditori personali dell'erede. Quando dunque in un giudizio di concorso su beni immobili appartenenti ad una eredità concorrano creditori ereditarj che conservarono il benefizio della separazione, creditori personali dell'erede, e creditori ereditarj che perderono il diritto di valersi del benefizio della separazione, questi ultimi non potendo più invocare il diritto di restar separati e distinti dalla massa dei creditori personali dell'erede rimangono nel diritto comune, ossia confusi colla detta massa dei creditori personali dell' erede. Se il creditore chirografario della eredità che conservò il privilegio della separazione viene giusta la L. 1, § 3, D. *De separat.*,

preferito al creditore ipotecario dell'erede: « jure separationis hypothecario creditori potiorem esse eum, qui separationem impetravit; » perchè lo stesso creditore chirografario della eredità che ha il diritto di godere del benefizio della separazione non sarà altresì preferito ad un creditore ipotecario della stessa eredità, che per non avere conservato il privilegio della separazione è rimasto confuso colla massa dei creditori personali dell'erede?

468. L'articolo 2148 stabilisce che per fare l'iscrizione il creditore deve presentare al Conservatore due note, le quali devono contenere diverse indicazioni, e tra le altre quella della qualità e situazione de'beni sui quali intende di conservare il suo privilegio o ipoteca. Soggiunge però lo stesso articolo che la detta indicazione non è necessaria ne' casi d'ipoteche legali o giudiziali, e che una sola iscrizione per queste ipoteche assoggetta tutti gl'immobili compresi nel circondario dell'Ufficio. Questa dispensa dall'obbligo d'indicare la qualità e situazione dei beni accordata dall'articolo 2148 nei casi d'ipoteche legali o giudiziali, che sono generali, non potrebbe estendersi alla iscrizione del privilegio della separazione, sebbene anche questo sia generale e colpisca tutti gl'immobili della successione, e ciò perchè l'articolo 2111 prescrive in termini troppo chiari ed assoluti che i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj conservano i loro privilegi sopra i beni immobili dell'eredità *mediante le inscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni.* Dovranno dunque i creditori ed i legatarj, che conservar vogliono il privilegio della separazione, indicare nelle note d'iscrizione ad uno ad uno tutti gli immobili della successione esprimendo la loro qualità e situazione, come si fa nel caso delle ipoteche e privilegi speciali, altrimenti non sarebbe il privilegio conservato rispetto a quegli immobili che non fossero stati individualmente indicati e descritti nel modo voluto dall'articolo 2148. Del resto non è mestieri che siano fatte tante iscrizioni quanti sono gl'immobili, perchè con una sola iscrizione fatta colla indicazione della qualità e situazione di ciascuno degli immobili ereditarj il voto e il fine del legislatore rimangono pienamente adempiuti (1).

469. L'articolo 2111 fa decorrere i sei mesi, entro i quali deve essere iscritto il privilegio della separazione, *dal giorno in*

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 223.

cui si è aperta la successione. Può verificarsi il caso che un legatario per cause indipendenti da lui ignori per lungo tempo la disposizione del testatore, come se il testamento fosse aperto dopo il termine di sei mesi dalla morte, e però si è fatto il dubbio, se i sei mesi dovranno correre dall'apertura delle tavole testamentarie nel caso di legati, anzichè dal giorno della morte del testatore. A dir vero vorrebbe l'equità che il termine dei sei mesi rispetto ai legatarj dovesse correre dal giorno dell'apertura delle tavole testamentarie contenenti la disposizione particolare; ma siccome non si può ricorrere alla equità, quando la prescrizione della legge è assoluta, chiara e generale; così è a tenersi che sia la successione intestata o testata, si tratti di creditori o di legatarj, il termine dei sei mesi per la iscrizione del privilegio della separazione deve sempre correre dal giorno dell'aperta successione, ossia dalla morte della persona, sugli immobili della quale si vuol conservare il detto privilegio (1). E tanto più è necessario attenersi rigorosamente alla prescrizione della legge, perchè trattasi della materia delicata dei privilegi, i quali devonsi piuttosto restringere che favorire colla interpretazione.

470. Il beneficio della separazione accordato ai creditori e legatarj non priva l'erede, subentrato in tutti i diritti del defunto, nè del dominio, nè del possesso delle sostanze ereditarie, ed impedisce soltanto la confusione dei due patrimonj, onde i creditori del defunto ed i legatarj non abbiano a temere sul prezzo dei beni della successione il concorso dei creditori personali dell'erede. Ed è sì vero che il beneficio della separazione non priva l'erede di alcuno dei diritti che ha il proprietario sulle cose sue, che secondo i principj del Codice Napoleone il detto beneficio non attribuisce ai creditori ed ai legatarj che un semplice privilegio, ossia il diritto di essere preferiti sul prezzo dei beni ereditarj a qualunque creditore dell'erede, qualunque possa essere il titolo del suo credito. L'erede dunque potrà validamente ed efficacemente ipotecare i beni immobili della successione ai suoi creditori; ma le ipoteche da lui costituite non potranno recar pregiudizio al privilegio della separazione debitamente conservato colla iscrizione fatta entro il termine prescritto dall' articolo 2111. Altrimenti il detto termine dei sei mesi lasciato ai creditori della eredità ed ai legatarj per conservare colla iscri-

(1) Persil, art. 2111, n. 14.

zione il concesso privilegio sarebbe illusorio, quando in pendenza dello stesso termine potesse l'erede costituire ipoteche a favore de' suoi creditori personali in pregiudizio dei creditori della eredità e de' legatarj. Questo risultato è una logica conseguenza del privilegio accordato ai creditori del defunto ed ai legatarj, e del termine ai medesimi assegnato per conservarlo. Ad ogni modo la legge ha voluto dichiarar ciò coll' ultima parte dell'articolo **2111** prescrivendo che prima della scadenza del termine di sei mesi non può essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra i beni immobili della eredità dagli eredi o rappresentanti il defunto *in pregiudizio dei creditori o legatarj.* Quest' ultima parte dell'articolo **2111** è in armonia colla consimile dichiarazione fatta nell' articolo **2109** riguardo alle ipoteche costituite durante il termine di sessanta giorni sui beni gravati dal privilegio dei coeredi e condividenti. Ed è da notarsi che la legge nel detto articolo **2111** non dichiara nulle le ipoteche costituite dall'erede durante i sei mesi dall' aperta successione, ma si limita a dire che non possono essere costituite con effetto *in pregiudizio dei creditori o legatarj.* Le quali espressioni *in pregiudizio dei creditori o legatarj,* significano chiaramente che l' erede come vero ed unico proprietario può durante i sei mesi ipotecare validamente i fondi della eredità, salvo il diritto di privilegio spettante ai creditori e legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, il quale purchè sia conservato mediante la iscrizione entro il termine dei sei mesi ha diritto di essere preferito a qualunque ipoteca costituita dall' erede senza alcun riguardo alla anteriorità della iscrizione. Muore Tizio, e l' erede Cajo subito dopo ipoteca l'immobile ereditario C a favore di Paolo, che accende immediatamente la iscrizione. Cinque mesi dopo la morte di Tizio, i creditori chirografarj di lui iscrivono il privilegio della separazione uniformandosi alla disposizione dell'articolo **2111**, e la loro iscrizione è posteriore di circa due mesi a quella di Paolo creditore dell' erede. È validissima in faccia a chiunque l'ipoteca costituita a favore di Paolo dall' erede Cajo, ma non potendo questa pregiudicare al privilegio della separazione competente ai creditori chirografarj del defunto debitamente conservato mediante l' iscrizione accesa entro il termine di sei mesi, sarà necessariamente nella graduatoria posposta al grado da assegnarsi al privilegio dei creditori ereditarj, sebbene l' iscrizione di questo

sia posteriore di data a quella della detta ipoteca. E questa ipoteca di Paolo, che deve cedere il posto nella graduatoria al privilegio dei creditori chirografarj del defunto Tizio, ha tutto il diritto di essere dalla data della sua iscrizione graduata sì in confronto dei creditori ereditarj che non iscrissero il privilegio della separazione entro i sei mesi, come dei creditori personali dell' erede (1).

471. Potranno dopo i sei mesi assegnati dall'articolo 2111 i creditori ed i legatarj che vogliono godere del benefizio della separazione accendere la iscrizione? Secondo la disposizione dell' articolo 880 il benefizio della separazione può esercitarsi finchè esistono gl' immobili della eredità in potere dell' erede. L' azione dunque, quando gl' immobili non sono stati venduti, compete anche dopo i sei mesi, e se compete l' azione, il diritto della separazione anche dopo i sei mesi potrà iscriversi. È regola generale stabilita dall' articolo 2113, di cui diremo, che i privilegi tutti non iscritti entro il termine dalla legge assegnato si convertono in ipoteche semplici, le quali acquistano grado dal giorno della iscrizione. L' articolo 2113 non fa a questa regola generale alcuna eccezione, ed essa si estende a tutti i privilegi che non furono debitamente conservati colla iscrizione entro il fissato termine. Anche dunque i creditori e legatarj che hanno il diritto di chiedere la separazione finchè gli immobili sono in potere dell'erede, sebbene abbiano perduto il privilegio non iscritto entro il termine di sei mesi, potranno anche dopo questo termine accendere all' appoggio dell' articolo 2113 la iscrizione, finchè gl' immobili sono in potere dell' erede. Se non che allora i creditori e legatarj che hanno accesa la iscrizione dopo i sei mesi non possono più pretendere di essere preferiti alla massa dei creditori personali dell'erede, ma la loro preferenza sarà regolata e determinata dalla data dell' accesa iscrizione, e a loro saranno quindi anteposti i creditori personali, dell' erede che avranno una ipoteca anteriormente iscritta, o che avranno una ipoteca esente da iscrizione di data anteriore a quella della iscrizione del benefizio di separazione accesa dopo il termine dei sei mesi. Dunque dopo i sei mesi dall' aperta successione i creditori del defunto ed i legatarj non perdono assolutamente il benefizio della separazione, perdono semplicemente il privilegio, ossia il diritto di essere preferiti, senza

(1) Persil, art. 2111, n. 16.

alcun riguardo alla data dell' iscrizione, a qualunque creditore dell'erede, ma conservano colla iscrizione accesa dopo i sei mesi il diritto di essere graduati come creditori ipotecarj dalla data della stessa iscrizione, e di essere perciò preferiti, ben inteso finchè la dimanda della separazione è esercibile, ossia finchè gli immobili ereditarj sono in potere dell'erede, a tutti i creditori chirografarj dell'erede, ed anche ai creditori dell' erede ipotecarj, la cui ipoteca sugli immobili della eredità fu iscritta posteriormente a quella del benefizio della separazione. Da ciò risulta chiaramente che i due articoli 2111 e 2113 insieme combinati portano una importantissima modificazione alla disposizione dell' articolo 880. Imperocchè sebbene giusta la disposizione di quest' articolo 880 il benefizio della separazione competa e sia esercibile finchè gl' immobili esistono in potere dell'erede, è certo che senza iscrizione accesa entro sei mesi dall' aperta successione il benefizio della separazione non dà quella preferenza assoluta a qualunque creditore dell'erede che è lo scopo della separazione; che quando la iscrizione è accesa dopo i sei mesi, il benefizio della separazione dà semplicemente diritto di preferenza ai creditori chirografarj dell'erede ed ai creditori ipotecarj iscritti posteriormente o aventi ipoteca esente da iscrizione di data posteriore a quella della iscrizione del benefizio della separazione; e che quando non fu presa alcuna iscrizione, nè entro nè dopo il termine di sei mesi, non può più il benefizio della separazione essere utile ai creditori ed ai legatarj, sebbene gl' immobili siano ancora in potere dell' erede.

472. Si fa dagl'Interpreti del Diritto Francese la questione, se la iscrizione voluta dall'articolo 2111 sia necessaria allorchè trattasi di eredità accettata col benefizio dell' inventario. Il Persil (1) scioglie con poche parole una simile questione, e dice che siccome uno dei principali effetti del benefizio dell'inventario è d'impedire la confusione dei patrimonj e la iscrizione di nuove ipoteche a carico della eredità benefiziata in forza della disposizione dell'articolo 2146, così la dimanda della separazione riesce inutile rispetto alle eredità benefiziate e nessuna iscrizione deve accendersi dai creditori del defunto e dai legatarj: « Comme un des principaux effets de ce bénéfice est d'empêcher la confusion et l'inscription de nouvelles hypothèques (art. 2146), on doit juger

(1) Art. 2111, n. 13.

que la demande en séparation deviendrait dès lors inutile, et par suite l'inscription. »

Il Duranton (1) tiene una opinione contraria, e fondandosi nella generale disposizione dell'articolo 2111 che non fa alcuna distinzione, pensa che la iscrizione voluta dal detto articolo 2111 sia necessaria in qualunque caso, cioè tanto nel caso di eredità accettata puramente, quanto nel caso di eredità accettata col beneficio dell'inventario. Dirò i principali argomenti del Duranton. Il benefizio dell'inventario è tutto nell'interesse dell'erede, il quale vi può rinunziare o espressamente od anche tacitamente, e per conseguenza i creditori della eredità non possono giovarsene per pretendere la dispensa dalla iscrizione a cui è vincolato il privilegio della separazione in faccia ai creditori personali dell'erede. Sebbene l'articolo 2111 imponga l'obbligo della iscrizione ai creditori ed ai legatarj, *che dimandano la separazione del patrimonio del defunto,* non bisogna confondere la separazione dei patrimonj che si opera *ipso jure* come una conseguenza della adizione fatta col benefizio dell'inventario, e quella separazione che invocano i creditori del defunto ed i legatarj contro i creditori personali dell'erede. Imperocchè la separazione che ha luogo *ipso jure* nel caso di eredità benefiziata è tutta in favore dell'erede, che ha interesse di non confondere il proprio col patrimonio della eredità, ed è accordata per cause diverse da quelle, onde viene concessa quella che invocano i creditori ed i legatarj per respingere dal patrimonio del defunto i creditori personali dell'erede. E ritenuto anche che nell'un caso e nell'altro la separazione dei patrimonj sia identica, da ciò non si potrebbe trarre altra conseguenza se non che nel caso di eredità benefiziata l'adizione fatta col benefizio dell'inventario tiene luogo pei creditori della eredità di una espressa dimanda di separazione. E siccome il benefizio della separazione dei patrimonj che nasce da una espressa dimanda ha bisogno della iscrizione, così i creditori ed i legatarj dovranno egualmente iscrivere il privilegio quando alla espressa domanda della separazione supplisce l'inventario, che non può produrre per loro maggiori effetti e maggiori diritti di quelli che nascono da una dimanda espressa di separazione. Anche ammesso che i creditori della eredità benefiziata non abbiano bisogno di fare una espressa dimanda di separa-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 218.

zione, è certo che per rispingere i creditori personali dell' erede benefiziato, i quali vogliono concorrere sui beni della eredità toccata al loro debitore, devono far uso almeno in via di eccezione del benefizio della separazione, perchè altrimenti i creditori dell' erede benefiziato avrebbero tutto il diritto, se non fossero respinti colla eccezione del benefizio della separazione, di concorrere essi pure sui beni della eredità di cui acquistò il pieno dominio l' erede benefiziato loro debitore. Quando adunque l' articolo 2111 addossa l' obbligo della iscrizione ai creditori ed ai legatarj *che dimandano la separazione,* le espressioni — *che dimandano la separazione* — non hanno un senso *esclusivo,* quasi che l' obbligo della iscrizione sia imposto ai soli creditori che domandano espressamente la separazione, ma hanno un senso *spiegativo*, vale a dire significano che quei soli creditori del defunto possono esercitare il privilegio, di cui parla l' articolo 2111, che hanno in loro favore il benefizio della separazione dei patrimonj. Sono queste le ragioni che muovono il Duranton a giudicare necessaria la iscrizione del privilegio, di cui parla l' articolo 2111, anche nel caso di eredità benefiziata, e per rispondere alla obiezione tratta dall' articolo 2146, il quale dispone che le iscrizioni non producono alcun effetto se furono fatte dopo aperta la successione nel caso in cui l' eredità sia stata accettata col benefizio dell' inventario, dice che la disposizione di questo articolo si riferisce alle sole iscrizioni dei privilegi ed ipoteche competenti ai creditori del defunto, onde i creditori stessi vogliono ottenere gli uni contro gli altri un grado di preferenza, e non alle iscrizioni, di cui i creditori della eredità vogliono servirsi all' unico scopo di respingere dal patrimonio della eredità benefiziata i creditori personali dell' erede.

Io m' attengo all' opinione contraria a quella del Duranton, ed eccone le ragioni. Non bisogna confondere il benefizio della separazione col benefizio dell' inventario. L' erede, come stabilisce la L. 37, D. *De adquir. vel omit. her.,* succede in tutti i diritti del defunto e lo rappresenta: « Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium, succedit. « Perciò in forza della adizione si confondono insieme e si immedesimano il patrimonio del defunto e quello dell' erede, e questi rimane obbligato al pagamento dei debiti della eredità tanto coi beni ereditarj quanto coi proprj, come se egli ne fosse stato sempre il solo ed unico

debitore, *utpote,* come dice la L. 22, § 1, C. *De jure delib., hereditate ei ex sua voluntate infixa.* Per favorire e proteggere l' interesse dell' erede esposto al pericolo, nel caso di una eredità oberata, di sottostare coi beni proprj al pagamento dei debiti ereditarj, introdussero le Leggi Romane il rimedio dell' inventario, al quale fu attribuito l' effetto di impedire la confusione dei patrimonj, di lasciare distinti e separati i diritti ed obblighi dell' erede dai diritti ed obblighi del defunto, di rendere risponsabile l' erede verso i creditori della eredità entro i limiti soltanto e le forze del patrimonio ereditario, e di mantenere integri e vivi i diritti ed obblighi che l' erede stesso vantar potesse verso l' eredità. Questi importantissimi effetti della adizione fatta dall' erede col benefizio dell' inventario sono chiaramente indicati dalle seguenti parole della L. 22. C. §§ 2, 4 e 9, *De jure delib.*, che mi giova riportare come quelle le quali danno un validissimo appoggio all' opinione ch' io sostengo: « Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant;.... ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: et eis satisfaciant qui primi veniant creditores; et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur; et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint, eis satisfaciant ex hereditate defuncti..... Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hæ confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prærogativa inter creditores servanda. » L' adizione fatta col benefizio dell' inventario produce dunque per Gius Romano *ipso jure* la separazione dei patrimonj per l' interesse dell' erede, il quale non ha altro obbligo che di soddisfare i creditori ed i legatarj dell' eredità colle sostanze ereditarie descritte nell' inventario, secondo l' ordine e la prerogativa del grado a ciascuno competente. E nel caso di eredità benefiziata non solo i creditori dell' eredità non hanno bisogno di chiedere la separazione dei patrimonj, operandosi questa indipendentemente dalla volontà degli stessi creditori e senza alcun riguardo al loro utile o danno pel fatto dell' inventario e per ministero di legge, ma anzi una tale separazione è una necessità cui devono i creditori della eredità ed i legatarj sopportare, non potendo essi

contrastare all'erede l'esercizio del diritto che la legge gli accorda di adire la eredità a cui fu chiamato col benefizio dell'inventario, e non potendo impedire le conseguenze che da una adizione fatta in tal modo derivano. Questi principj della Romana Giurisprudenza vennero confermati dal Codice Napoleone, il quale nell'articolo 802 stabilisce, che l'effetto del benefizio dell'inventario consiste nel dare all'erede il vantaggio, 1° che non sia tenuto al pagamento dei debiti ereditarj, se non fino alla concorrente somma del valore de' beni ad esso pervenuti, ed inoltre che possa liberarsi dal pagamento dei debiti col cedere tutti i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatarj; 2° che non siano confusi i suoi beni proprj con quelli dell'eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di pretendere il pagamento de' suoi crediti. Questa separazione dei patrimonj, che è una inevitabile conseguenza dell'adizione fatta col benefizio dell'inventario, all'erede concesso, non deve confondersi con quella separazione che venne accordata dal Diritto Romano e dal Codice Napoleone, come si disse (1), ai creditori del defunto debitore ed ai legatarj all'unico oggetto di impedire il danno e le conseguenze della adizione pura e semplice dell'erede, la quale formando dei due distinti patrimonj, cioè del defunto e dell'erede, un solo ed unico patrimonio, e dei creditori del defunto e dei creditori personali dell'erede una sola massa di creditori aventi gli stessi diritti sul patrimonio composto dei beni ereditarj e dei beni particolari dell'erede, espone i creditori dell'eredità ed i legatarj al pericolo o di essere primeggiati dai creditori ipotecarj dell'erede, o di essere pagati per contributo in concorso dei creditori personali dell'erede stesso. È in facoltà dell'erede l'adire la eredità a cui fu chiamato o puramente o col benefizio dell'inventario, e l'unico mezzo, onde i creditori della eredità possono impedire i funesti effetti della adizione pura e semplice e della confusione dei patrimonj, che ne è la conseguenza, è l'esercizio del diritto di domandare la separazione dei patrimonj, la quale deve essere espressamente implorata da chi vi ha interesse. Ecco due diritti o benefizj distinti e diversi l'uno dall'altro, il benefizio dell'inventario accordato all'erede, di cui esso solo può far uso contro i creditori dell'eredità ed i legatarj, e il benefizio della separazione concesso esclu-

(1) N. 362, pag. 92.

sivamente ai creditori dell' eredità ed ai legatarj contro i creditori personali dell' erede. Questo benefizio della separazione accordato dall' articolo 878 ai creditori del defunto è sollevato dall' articolo 2111 al grado di privilegio e perciò sottoposto alla formalità della iscrizione. Avendo la legge dichiarato nell' articolo 2093 che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e nell' articolo 2094 che le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche, ed essendo i beni della eredità in forza della adizione pura e semplice dell' erede divenuti la garanzia dei creditori personali di lui, il diritto di separazione concesso per favore dall' articolo 878 ai creditori della eredità non poteva ai creditori stessi ed ai legatarj attribuire altro diritto che quello di un privilegio o preferenza ai creditori personali dell' erede. I creditori dunque, che vogliono far uso e giovarsi del privilegio che loro attribuisce la dimanda della separazione, devono adempire la condizione della iscrizione, alla quale è vincolato l' esercizio del detto privilegio. È chiara la disposizione dell' articolo 2111. I creditori ed i legatarj, *che dimandano la separazione,* devono conservare mediante la iscrizione accesa entro il termine dalla legge prescritto il privilegio dalla medesima derivante, e senza questa iscrizione non possono pretendere la preferenza che è lo scopo del benefizio della separazione ai medesimi accordato. Quando l'erede ha adita la eredità col benefizio dell' inventario, i creditori del defunto ed i legatarj hanno forse anche allora bisogno d' invocare il benefizio ad essi accordato della separazione, hanno anche allora bisogno del privilegio attaccato al benefizio della separazione per essere preferiti ai creditori personali dell' erede? No, assolutamente no. Imperocchè l' adizione fatta dall' erede per suo interesse col benefizio dell' inventario circoscrivendo l' azione dei creditori e dei legatarj entro i limiti e le forze del patrimonio nello stesso inventario descritto impedisce *ipso jure* la confusione dei patrimonj, e non possono perciò mai avere bisogno i creditori del defunto ed i legatarj, costretti dalla necessità loro imposta dalla forma della adizione a contenere i loro diritti entro i limiti segnati dall' inventario, di domandare la separazione e di invocarne il privilegio. L' erede che accetta la eredità col benefizio dell' inventario, per godere dei vantaggi che da un tal benefizio risultano, quali obblighi assume verso i creditori ed i legatarj della eredità? L' erede

beneficiato ha l'obbligo di soddisfare i creditori della eredità coi beni della medesima descritti nell'inventario, e dopo i creditori, se a tanto bastar possono i beni ereditarj, ha l'obbligo di soddisfare i legatarj. La disposizione della citata L. 22, C. *De jure delib.*, è chiara e precisa: « et eis satisfaciant qui primi veniant creditores; et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur.... Sed et si legatarii interea venerint, eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. » Sono forse diversi gli obblighi che il Codice Napoleone addossa all'erede beneficiato verso i creditori ed i legatarj della eredità? Non solo non sono diversi, ma anzi l'articolo 803 dichiara che l'erede beneficiato è incaricato di amministrare i beni ereditarj, e deve render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatarj, e che dopo essere stato costituito in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia ancora soddisfatto a questa obbligazione, può essere costretto al pagamento dei debiti ereditarj co' beni suoi proprj. Finchè non sono pagati i creditori della eredità ed i legatarj, l'erede beneficiato non è che il legittimo amministratore del patrimonio della eredità descritto nell'inventario, e perciò gli articoli 805 e 806 stabiliscono che l'erede beneficiato non può vendere i mobili dell'eredità che col mezzo di un pubblico uffiziale, all'incanto, e dopo le solite affissioni e pubblicazioni; e che non può vendere gl'immobili che nelle forme prescritte dalle leggi sulla procedura, e che è tenuto ad assegnarne il prezzo ai creditori ipotecarj che si sono fatti riconoscere. Vuole persino l'articolo 807 che l'erede beneficiato sia tenuto, *se così vogliono i creditori o altre persone aventi interesse*, di prestare idonea e sufficiente cauzione per il valore del mobiliare compreso nell'inventario, e per quella parte del prezzo degl'immobili che non fosse stata assegnata ai creditori ipotecarj; e che mancando egli di dare questa cauzione, i mobili siano venduti, ed il loro prezzo sia depositato, come pure la parte non assegnata del prezzo degli immobili, per essere il tutto impiegato a soddisfare i pesi ereditarj. E a fronte di queste disposizioni, che rendono l'erede beneficiato l'amministratore legittimo dei beni ereditarj per l'interesse dei creditori della eredità e dei legatarj, potrà dire il Duranton, che per respingere i creditori personali dell'erede che volessero concorrere sui

beni ereditarj coi creditori del defunto e coi legatarj, questi dovranno valersi della dimanda od eccezione della separazione: « Certes, si les créanciers personnels de l'héritier bénéficiaire voulaient concourir sur le produit des biens du défunt avec les créanciers de celui-ci, ces derniers créanciers les écarteraient fort bien par une demande ou plutôt par une exception de séparation des patrimoines, et ce ne pourrait être que de cette manière qu'ils les écarteraient, car les biens appartiennent réellement à l'héritier, puisqu'il peut les vendre avec effet de gré à gré, sauf à être privé dés effets du bénéfice d'inventaire (1)? » È sì vero che l'erede beneficiato in faccia ai creditori del defunto ed ai legatarj non è che il legittimo amministratore dei beni ereditarj, che in forza dell'articolo 804 egli è tenuto per le mancanze gravi commesse *nell' amministrazione di cui è incaricato.* Avviene sì certamente anche nel caso della eredità benefiziata la separazione dei patrimonj, ma avviene *ipso jure* per l'interesse dell'erede, senza bisogno di essere domandata, e senza alcun riguardo al bene ed all'interesse dei creditori del defunto e dei legatarj, i quali non possono nè rinunziarvi, nè impedirla, essendo le loro azioni e diritti circoscritti entro i limiti segnati dall'inventario. La separazione nel caso di eredità benefiziata avviene non per fatto e volontà dei creditori e legatarj, ma per fatto e volontà dell'erede, che non volle accettare puramente la eredità per non confondere il suo col patrimonio del defunto, e per non esporsi al pericolo di soddisfare coi beni proprj i debiti ereditarj. La separazione nel caso di eredità benefiziata non è accordata come un favore ed un benefizio, di cui la legge abbia voluto esser larga verso i creditori della eredità, ma è una conseguenza inevitabile dell'inventario fatto ad istanza dell'erede, è una condizione normale derivante da un ordine di cose, a cui diedero causa la volontà e l'interesse dell'erede. Quando la eredità fu adita puramente, sui beni ereditarj confusi con quelli dell'erede hanno gli stessi diritti i creditori della eredità ed i creditori personali dell'erede, e se i primi vogliono respingere dai beni ereditarj i creditori dell'erede, hanno mestieri d'invocare il benefizio della separazione in loro favore concesso dalla legge, il quale si risolve in un privilegio che dà diritto ai creditori del defunto ed ai legatarj di essere

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 218.

preferiti sul prezzo dei beni ereditarj ai creditori personali dell' erede. La disposizione pertanto dell' articolo 2111, assoggettando all' inscrizione questo diritto di separazione concesso dalla legge ai creditori della eredità ed ai legatarj, che non è altro che un diritto di privilegio, è in armonia col sistema di pubblicità a cui furono sottoposti i privilegi sugli immobili. Al contrario quando la eredità fu adita col beneficio dell' inventario, i creditori personali dell' erede hanno forse gli stessi diritti sui beni ereditarj che vi hanno i creditori del defunto ed i legatarj? Hanno forse i creditori del defunto ed i legatarj bisogno d' invocare il favore di un privilegio per essere preferiti sui beni stessi ai creditori personali dell' erede? No. I creditori personali dell' erede non possono reclamare sui beni ereditarj descritti nell' inventario maggiori diritti di quelli che sui beni stessi può esercitare il loro debitore da cui hanno causa. E siccome l' erede benefiziato non può trarre alcun vantaggio dai beni della eredità descritti nell' inventario finchè non sono pagati i creditori del defunto ed i legatarj, ai quali deve esso dare esattissimo conto dell' amministrazione dei beni stessi che la legge gli affida sotto la sua responsabilità, così nè pure i creditori personali di lui potranno sui beni ereditarj esercitare alcun diritto, finchè non siano prima stati col prezzo degli stessi beni soddisfatti i creditori del defunto ed i legatarj. Non solo dunque i creditori del defunto ed i legatarj non hanno bisogno d' invocare il beneficio della separazione come un diritto di privilegio e di prelazione per essere preferiti ai creditori personali dell' erede, ma hanno diritto di respingerli in modo assoluto, essendo in forza della adizione fatta dal loro debitore col beneficio dell' inventario il patrimonio della eredità esclusivamente destinato alla soddisfazione dei creditori del defunto e dei legatarj, ai quali non può essere tolta alcuna parte dei beni ereditarj nè dall' erede beneficiato, nè dai suoi creditori che da lui hanno causa. L' inventario non tiene luogo, come vorrebbe il Duranton, della dimanda della separazione, che deve farsi, nel caso di eredità puramente adita, dai creditori e dai legatarj per essere preferiti ai creditori personali dell' erede. L' inventario esclude anzi il bisogno della dimanda della separazione, ed è come una barriera che dividendo il patrimonio ereditario dal patrimonio proprio dell' erede

segna i confini che non si possono passare nè dai creditori ereditarj per essere pagati colle sostanze proprie dell'erede, nè dai creditori personali dell'erede per essere pagati in pregiudizio dei creditori ereditarj colle sostanze della eredità. Non essendo dunque la separazione, che ha luogo nella eredità benefiziata, l'esercizio di un privilegio come si è appunto quella che deve invocarsi dai creditori di una eredità accettata dall'erede puramente e semplicemente, io non posso convenire col Duranton che la disposizione dell'articolo 2111, che obbliga alla formalità della iscrizione i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, possa estendersi ai creditori ed ai legatarj di una eredità accettata col benefizio dell'inventario. Lo spirito della legge esclude certamente il bisogno e l'obbligo della iscrizione nel caso di eredità benefiziata; ma all'opinione del Duranton contraddicono le stesse parole dell'articolo 2111, le quali addossano l'obbligo della iscrizione ai creditori ed ai legatarj, *che dimandano la separazione del patrimonio del defunto in conformità dell' articolo* 878 *del titolo delle Successioni*. Chi sono i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione in conformità dell'articolo 878, a cui si riferisce l'articolo 2111? I creditori ed i legatarj di una eredità accettata puramente e semplicemente dall'erede, i quali senza una tale dimanda, e senza invocare il privilegio derivante dal benefizio della separazione non possono evitare il concorso dei creditori personali dell'erede sui beni della eredità ed essere a loro preferiti. Perchè dunque vorrà il Duranton contro le parole e lo spirito della legge assoggettare alla stessa formalità i creditori e legatarj di una eredità benefiziata, la cui sorte è determinata dall'inventario compilato per l'interesse dell'erede, che con tal mezzo ha voluto circoscrivere le loro azioni entro la sfera dei beni ereditarj indipendentemente dalla loro volontà? Io convengo col Duranton che la disposizione dell'articolo 2146, che s'invoca dal Persil, non è un buon argomento per sostenere e difendere la opinione a cui io mi attengo, perchè il detto articolo, come giustamente avverte il Duranton, riguarda propriamente i rapporti dei creditori della eredità fra loro, nessuno dei quali deve migliorare con una iscrizione la propria condizione dopo che fu aperta la successione accettata col beneficio dell'inventario; ma senza bisogno

di ricorrere alla disposizione del detto articolo 2146 le brevi ragioni or ora addotte mi sforzano a contraddire all'autorità, certamente grande, del Duranton, e a seguire la massima ammessa dal Persil. Cita il Persil in conferma della sua opinione una sentenza della Corte di Parigi dell' 11 luglio 1811, e anch'io ne citerò una a sostegno di ciò che ho detto dalla Gran Corte Civile di Napoli del 15 dicembre 1826 profferita, contro però il voto del Procuratore del Re avv. Agresti, nella causa Mantuscelli — Malaspina — Squillace ed altri (1).

473. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete nell'articolo 1997 la disposizione dell'articolo 2111 del Codice Napoleone colla sola differenza che l'articolo 2111 del Codice Napoleone contempla i creditori del defunto in generale ed i legatarj, laddove l'articolo 1997 del Codice delle Due Sicilie accorda espressamente il diritto d'iscrivere ai creditori del defunto *tanto ipotecarj non iscritti, che per iscrittura privata*, ed ai legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto.

474. Anche il Codice di Parma ripete nell'articolo 2155 la disposizione dell'articolo 2111 del Codice Napoleone, assegnando però soli quaranta giorni dall'aperta successione alla notificazione od iscrizione del privilegio accordato ai creditori e legatarj che domandano la separazione dei patrimonj.

475. Il Codice di Sardegna conferma esso pure nell'articolo 2211 la disposizione dell'articolo 2111 del Codice Napoleone se non che prescrive che la iscrizione del privilegio accordato ai creditori ed ai legatarj che dimandano la separazione sia fatta entro tre mesi dal giorno in cui si è aperta la successione. Il citato articolo 2211 del Codice di Sardegna aggiunge però due savissime disposizioni alla massima generale stabilita dall'articolo 2111 del Codice Napoleone. Dichiara cioè che l'iscrizione dell'ipoteca legale dei legatarj, di cui negli articoli 860 e 861, presa nei tre mesi dall'apertura della successione produrrà lo stesso effetto che l'iscrizione del privilegio di separazione, e che quanto ai creditori ipotecarj del defunto che avessero iscritto la loro ipoteca prima della di lui morte, o nel termine di tre mesi dalla medesima, tale iscrizione opererà pure sui beni soggetti all'ipo-

(1) Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto pubblicate da Michele Agresti Procurator Generale del Re presso la C. R. Civile di Napoli, n. 10272, tom. 1, pag. 370.

teca lo stesso effetto che l'iscrizione del privilegio di separazione. Secondo il Codice Napoleone la iscrizione della ipoteca competente ad un creditore, comecchè accesa prima della scadenza dei sei mesi dall'aperta successione, non può giovare a conservare il privilegio della separazione, come si è detto più sopra (1), e però se Tizio creditore ipotecario di Cajo avesse iscritta la sua ipoteca sul fondo C tre mesi dopo la morte del suo debitore, e nell'intervallo Sejo erede avesse dato in ipoteca lo stesso fondo C a Giulio suo creditore personale, il quale avesse iscritta la sua ipoteca prima di Tizio, aprendosi un giudizio di concorso sul fondo C, Giulio creditore dell'erede sarebbe preferito a Tizio creditore del defunto, e ciò perchè la iscrizione di Tizio posteriore a quella di Giulio ha conservato semplicemente la ipoteca costituita dal defunto e non il privilegio della separazione che dovea essere conservato con una speciale iscrizione. Al contrario secondo la disposizione dell'articolo 2211 del Codice di Sardegna la iscrizione del creditore ipotecario del defunto accesa o prima della morte o dopo la morte nel termine di tre mesi dalla medesima, vale a conservare tanto l'ipoteca nel grado che le può competere in faccia agli altri creditori del defunto, quanto il privilegio della separazione sui beni soggetti all'ipoteca iscritta in faccia a qualunque creditore personale dell'erede.

476. Secondo il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj i creditori ed i legatarj del defunto non hanno bisogno del rimedio della separazione per essere preferiti sugli immobili della successione ai creditori dell'erede; perchè il § 83 n° 4° accorda direttamente un privilegio sopra gl'immobili della successione ai creditori e legatarj del defunto anche per cause o istituzioni pie per l'importo del credito e del legato. Dispone poi il § 97 del lodato Regolamento che i creditori del defunto che non hanno fatto iscrivere i loro crediti prima della morte, e i legatarj del medesimo conservano il privilegio enunciato nel predetto § 83 n° 4° per mezzo della iscrizione da eseguirsi sugli immobili ereditarj entro sei mesi dall'epoca in cui venne aperta la successione; che la iscrizione si farà con la semplice enunciativa degli atti da cui risultano i crediti ed i legati, senza bisogno di esibirli; e finalmente che tale privilegio attribuisce ai creditori ed ai le-

(1) N. 465, pag. 298.

gatarj il diritto di essere soddisfatti sugli immobili del defunto in preferenza ai creditori dell' erede.

477. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* avendo disposto nell' articolo 32 che i privilegi, come il benefizio della separazione dei patrimonj, in quanto riguardano i beni immobili, non operano i loro legali effetti se non vengono iscritti sui registri delle Ipoteche, accorda nell' articolo 41 per la iscrizione del benefizio della separazione dei patrimonj l' intero termine del quinquennio dal dì dell' aperta successione, concesso nell' articolo 22 per poter dedurre il detto benefizio della separazione riguardo ai beni stabili. Una tale iscrizione però produce diversi effetti secondochè è fatta prima o dopo il semestre immediatamente successivo al dì della aperta eredità. Imperocchè se la iscrizione si prende nel semestre immediatamente successivo al dì dell'aperta eredità, il creditore non risente pregiudizio alcuno dalle iscrizioni, che nel corso del semestre medesimo vengono accese dai terzi sui beni ereditarj per i contratti o il fatto dell'erede. E se la iscrizione del benefizio è presa dopo il lasso del semestre, quantunque nel quinquennio, le iscrizioni accese dai terzi sui beni ereditarj per obbligazioni contratte dall'erede rimangono valide, e sussistono in pregiudizio del creditore del defunto, cui la iscrizione del benefizio in questo caso giova unicamente dal dì nel quale è presa.

478. L' articolo 2147 del Progetto Vatimesnil, col quale era modificata in alcune parti la disposizione dell' articolo 2111 del Codice Napoleone, era concepito nei seguenti termini:

« Les créanciers et légataires, pour conserver le privilège établi par l'art. 2104 n° 6, devront prendre inscription sur chacun des biens de la succession dans les deux mois, à compter de l'ouverture de cette succession.

» Cette inscription sera nécessaire, lors même que la succession aurait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Faute de l'avoir prise, la séparation des patrimoines ne pourra être demandée au préjudice des créanciers qui auraient acquis des hypothèques sur l'héritier bénéficiaire, devenu héritier pur et simple, soit par application des art. 801 du Code Civil et 988 du Code de Procédure, soit de toute autre manière.

» Avant l'expiration du délai fixé par le présent article, aucune hypotèque ne peut, du chef des héritiers ou représentants

du défunt, être établie sur ces biens au préjudice des créanciers ou légataires. »

Sebbene io sostenga la massima contraria alla opinione del Duranton, di cui sopra ho discorso (1), e sia pienamente convinto che ai creditori ed ai legatarj di una eredità benefiziata non sia applicabile la disposizione dell' articolo 2111 del Codice Napoleone, non posso che far plauso all' aggiunta fatta dal Progetto Vatimesnil, onde era esteso l' obbligo della iscrizione anche ai creditori ed ai legatarj di una eredità benefiziata, sì perchè con questa veniva tolto il campo alla questione che tiene divise le opinioni degli Interpreti su questo punto, sì perchè in tal modo era meglio assicurato l'interesse dei terzi che contrattarono in buona fede coll' erede beneficiato. Qui però non posso rimanermi dal fare una osservazione, la quale torna in conferma di ciò che ho detto allorchè ho esaminato il punto, se l'articolo 2111 del Codice Napoleone sia applicabile ai creditori di una eredità benefiziata. Secondo il detto articolo 2147 del Progetto Vatimesnil, che vuole la iscrizione del benefizio della separazione anche nel caso di eredità benefiziata, la pena, nella quale incorrono i creditori che non lo iscrivono, è forse di perdere assolutamente lo stesso benefizio, e di essere sempre posposti ai creditori ipotecarj che iscrissero a carico dell'erede? No. I creditori della eredità benefiziata, che non iscrivono il benefizio della separazione, perdono semplicemente il diritto di esercitarlo in pregiudizio dei creditori ipotecarj dell' erede benefiziato divenuto erede puro e semplice. Dunque anche secondo il Progetto Vatimesnil la mancanza della iscrizione del benefizio della separazione non privava i creditori ereditarj del diritto di essere preferiti ai creditori tutti anche ipotecarj dell' erede sui beni della eredità benefiziata finchè l'eredità stessa conservava il carattere di eredità benefiziata, e l'erede rimaneva erede benefiziato. Tanto è vero che l' inventario, indipendentemente dal benefizio della separazione, assicura sempre ai creditori della eredità benefiziata il diritto di essere pagati colle sostanze ereditarie con preferenza a qualunque creditore dell' erede! Al Deputato Renouard sembrava troppo corto il termine di due mesi assegnato per l' iscrizione del privilegio della separazione, potendo assai facilmente accadere che la morte del debitore rimanga un più lungo tempo ignorata dal creditore, e fu

(1) N. 472.

perciò da lui proposto in via di emendamento il termine di quattro mesi o almeno di tre. Ma l'Assemblea non accettò l'emendamento ed approvò interamente nella Seduta del 20 febbraio 1851 l'articolo del Progetto Vatimesnil (1).

479. Il Codice di Modena, sebbene consideri nel capo quarto del titolo ottavo del libro terzo la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede come un diritto distinto e diverso dai privilegi, nel numero dei quali non trovasi indicata la detta separazione nell'articolo 2139, che tratta dei privilegi sopra gli stabili, ciò nullameno, siccome in realtà il benefizio della separazione, dando ai creditori del defunto ed ai legatarj un diritto di preferenza sugli immobili della eredità a qualunque creditore personale dell'erede, si risolve in un privilegio, comanda esso pure colla disposizione dell'articolo 2098 che i creditori del defunto ed i legatarj che vogliono godere del benefizio della separazione facciano inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi, termine che fu adottato anche, come si disse (2), dal Codice di Sardegna: « *I creditori chirografarj, od ipotecarj che non hanno inscritta la loro ipoteca, ed i legatarj, i quali intendono valersi del benefizio della separazione quanto agli immobili, devono fare inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi, a contare dal giorno dell'aperta successione, sopra ciascuno degli immobili del patrimonio ereditario.*

« *L'inscrizione si eseguisce in modo congruo alle norme stabilite negli articoli* 2197, 2198. »

Ripetendo inoltre il lodato Codice di Modena la seconda parte dell'articolo 2111 del Codice Napoleone dispone nell'articolo 2099 ciò che segue: « *Prima della scadenza di detti tre mesi non può in pregiudizio dei creditori e dei legatarj essere costituita con effetto veruna ipoteca sopra gli immobili dagli eredi del defunto.* »

Potrebbe domandarsi, se la disposizione del citato articolo 2098 del Codice di Modena sia altresì applicabile ai creditori e legatarj di una eredità benefiziata; ma per le ragioni più sopra discorse (3) io non esito a dire che la citata disposizione del-

(1) Moniteur, n. 52, 21 février 1851.
(2) N. 475.
(3) N. 472.

l'articolo 2098 non si può estendere ai creditori e legatarj di una eredità accettata col benefizio dell'inventario, le cui azioni sono circoscritte al solo patrimonio ereditario risultante dal compilato inventario per una necessità ineluttabile indipendente dalla loro volontà.

Secondo l'articolo 880 del Codice Napoleone l'azione del benefizio della separazione può esercitarsi, riguardo agl'immobili, finchè esistono in potere dell'erede; ma l'articolo 834 del Codice di Procedura ha fatto nascere la questione, di cui abbiamo tenuto parola più sopra (1), se anche dopo l'alienazione degli immobili ereditarj il privilegio della separazione possa iscriversi ed esercitarsi contro il terzo possessore. A questa questione non ha lasciato aperto il campo il Codice di Modena. E in fatti l'articolo 2097 di questo Codice contemplando il benefizio della separazione in ordine ai mobili non si limita a stabilire che il detto benefizio deve essere invocato giudizialmente dentro l'anno dal giorno dell'aperta successione; ma dice di più che se nel corso dell'anno è stato alienato qualche mobile dall'erede, ai creditori ed ai legatarj non compete se non che la prelazione sul prezzo che fosse ancora insoluto. Sono dunque chiaramente fissati i diritti che ai creditori ed ai legatarj possono competere nel caso di alienazione dei mobili ereditarj, rispetto ai quali il benefizio della separazione non è sottoposto alla formalità della iscrizione. In ordine poi agli immobili, rispetto ai quali i creditori ed i legatarj non possono valersi del benefizio della separazione in forza della già citata disposizione dell'articolo 2098 se non hanno fatto inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi, dichiara l'articolo 2100 che: « *Il benefizio della separazione, assicurato mediante l'inscrizione come all'articolo* 2098, *può sempre ed in ogni tempo essere invocato dai creditori e dai legatarj, se non osta la prescrizione del titolo.* » Se dunque il benefizio della separazione, assicurato mediante l'inscrizione fatta nel termine stabilito dall'articolo 2098, *può sempre ed in ogni tempo essere invocato,* finchè il titolo del credito o del legato non è prescritto, è chiaro che si potrà esercitare sugli immobili colpiti dall'iscrizione, o siano essi in mano dell'erede, o siano passati in potere di un terzo possessore. Secondo il Codice Napoleone due condizioni devono verificarsi, affinchè i creditori

(1) N. 463, pag. 285.

di una eredità possano valersi, quanto agl'immobili, del benefizio della separazione, l'una prescritta dall'articolo 880, che cioè gl'immobili esistano in potere dell'erede, l'altra, che i creditori ed i legatarj abbiano accesa l'iscrizione voluta dall'articolo 2111. Il Codice di Modena si contenta della sola condizione della iscrizione, la quale se è necessaria in forza della disposizione dell'articolo 2098 all'esercizio del benefizio della separazione, ha altresì la forza di assicurare per tal modo il detto benefizio, che il medesimo possa *sempre ed in ogni tempo* essere invocato dai creditori e dai legatarj, qualunque siano degli immobili, sui quali fu accesa la iscrizione, i possessori. Secondo l'articolo 880 del Codice Napoleone l'azione competente ai creditori ed ai legatarj per esercitare il benefizio della separazione rimane prescritta nello stesso momento, in cui gli immobili della eredità furono dall'erede alienati; e siccome la iscrizione voluta dall'articolo 2111 non è altro che un mezzo atto a conservare il privilegio derivante dal detto benefizio, così la iscrizione, comecchè fatta entro il termine dei sei mesi, non può giovar mai ai creditori ed ai legatarj dopo l'alienazione, non potendo essi più reclamare un privilegio inerente ad un benefizio dopo che in forza della alienazione rimase dello stesso benefizio prescritta l'azione. Al contrario il Codice di Modena del benefizio della separazione assicurato mediante la iscrizione assegna come termine di prescrizione la sola prescrizione del titolo del credito o del legato. Finchè dunque non sarà prescritto il titolo del credito o del legato, il benefizio della separazione, assicurato mediante la iscrizione, potrà sempre in faccia a chiunque esercitarsi senza alcun riguardo alla persona del possessore degli immobili ereditarj.

Il Codice Napoleone, che che ne dica il Troplong, annovera il benefizio della separazione, come risulta dall'articolo 2111, tra i privilegi sugli immobili, e però si disse (1), essere anche al detto benefizio applicabile la disposizione dell'articolo 2113, in forza della quale i crediti privilegiati non iscritti entro il termine stabilito non lasciano tuttavia di essere ipotecarj. Ond'è che secondo il detto Codice il benefizio della separazione può iscriversi ed entro e dopo sei mesi dall'aperta successione, finchè l'azione per esercitarlo non è prescritta, ossia finchè gl'immobili sono in potere dell'erede, colla sola differenza che iscritto prima

(1) N. 471.

ha il carattere e i diritti che sono attribuiti ai privilegi, ed iscritto dopo i sei mesi ha il carattere e le sole prerogative spettanti ai crediti ipotecarj, il cui grado si misura dalla data dell'iscrizione. Anche il Codice di Modena in piena conformità dell' articolo 2113 del Codice Napoleone stabilisce nell' articolo 2145, che se non è fatta l' inscrizione dei privilegi nel termine stabilito, i creditori non lasciano d' avere legale ipoteca, la quale però si misura soltanto dal tempo della inscrizione. Si può dunque domandare, se anche secondo il Codice di Modena i creditori e i legatarj, che non hanno iscritto i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi dall' aperta successione stabilito dal già citato articolo 2098, potranno fare la iscrizione anche dopo il detto termine all' appoggio dell' articolo 2145, onde valersi del benefizio della separazione almeno col grado che può competergli dalla detta iscrizione? Non mi par difficile la risposta. Il Codice di Modena considera il benefizio della separazione come un diritto separato e distinto dai privilegi, e perciò non fa parola del detto benefizio nell' articolo 2139, nel quale vengono indicati e numerati i privilegi sopra gli stabili, e neppure nel § 4 della Sezione prima del capo sesto del tit. 8 del lib. 3, ove si tratta *del modo col quale si conservano i privilegi*. Assoggetta il Codice di Modena alla formalità della iscrizione, a cui furono sottoposti i privilegi, anche il benefizio della separazione; ma da ciò non si può trarre la conseguenza che il benefizio della separazione sia annoverato tra i privilegi. Infatti il Troplong (1) vorrebbe che nè pure sotto la legislazione del Codice Napoleone fosse chiamato privilegio il benefizio della separazione non ostante la disposizione dell' articolo 2111, che lo mette nel numero dei privilegi: « de ce qu'un droit réel est assujetti à l'inscription, il ne s'ensuit nullement qu'il change de nature, et passe dans la catégorie des privilèges. » La disposizione adunque dell'articolo 2145, che si riferisce ai soli privilegi sugli stabili non iscritti entro il termine dei quaranta giorni prescritto negli antecedenti articoli, non può essere applicabile al benefizio della separazione, ed è quindi a tenersi che dopo il termine dei tre mesi stabilito dall' articolo 2098 non possano più i creditori ed i legatarj inscrivere i loro titoli di credito o di legato all' oggetto di valersi del benefizio della separazione. D' altra parte la iscrizione da farsi dai

(1) Art. 2111, n. 323.

creditori e dai legatarj dei loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi dal giorno dell' aperta successione è voluta dall' articolo 2098 come una condizione, dall' adempimento della quale fa la legge dipendere l' esercizio del benefizio della separazione. Di questa intenzione della legge non lasciano alcun dubbio le chiare parole del detto articolo 2098, ove è detto che i creditori ed i legatarj, i quali intendono valersi del benefizio della separazione quanto agli immobili, *devono fare inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi.* Se dunque i creditori ed i legatarj mancheranno all' adempimento di questa condizione non iscrivendo entro il termine di tre mesi i loro titoli di credito o di legato, non potranno mai valersi del benefizio della separazione, o siano gl' immobili ereditarj in potere dell' erede, o siano in mano di un terzo possessore. D' altra parte non dice chiaramente l'articolo 2100 che il benefizio della separazione può sempre ed in ogni tempo essere invocato, quando fu assicurato mediante l' inscrizione come all'articolo 2098? Come dunque potrà invocarsi il detto benefizio dai creditori o dai legatarj, se non fu assicurato mediante la detta inscrizione, la quale giusta il detto articolo 2098, a cui si riferisce l' articolo 2100, deve essere fatta entro il termine di tre mesi a contare dal giorno dell'aperta successione?

Il benefizio della separazione mentre attribuisce ai creditori ed ai legatarj il diritto di essere preferiti sugli immobili della eredità a qualunque creditore personale dell'erede, non altera e non varia d'altra parte la condizione degli stessi creditori e dei legatarj che concorrono tra loro sui beni separati dal patrimonio dell' erede (1). Questa massima ammessa senza contrasto da tutti i Dottori come quella che deriva dalla natura stessa del benefizio della separazione, il quale non ha altro scopo che di impedire la confusione dei due patrimonj, è ripetuta nell' articolo 2102 del Codice di Modena nei seguenti termini: « *La separazione e la inscrizione sugl' immobili dell' eredità non altera la condizione originaria dei creditori fra loro. Sopra i beni del defunto essi non possono concorrere che a termini di ragione.* » Ond' è che sebbene il benefizio della separazione sia dall' articolo 2095 accordato a tutti i creditori e legatarj del defunto, i primi saranno sempre preferiti ai secondi, e ciò perchè i legati devono de-

(1) N. 466, pag. 299.

trarsi dai beni della eredità, i quali beni non esistono giusta il principio stabilito dalla L. 39, § 1. D. *De verb. sign.*, se non furono soddisfatte interamente le passività: « Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt. » E anche questa massima, che si può ritenere come un principio inconcusso di Giurisprudenza, è ripetuta nell'articolo 2154 del lodato Codice, il quale così dispone: « *Tra i creditori del defunto ed i legatarj, i primi sono sempre ed in ogni caso anteposti ai secondi.* »

480. Abbiamo parlato di tutti i privilegi costituiti sopra gl'immobili, e del modo di conservarli. Ma quando si tenne discorso dei privilegi stabiliti dall'articolo 2103 del Codice Napoleone, si notò (1) che il Codice di Modena ad imitazione dell'articolo 2159 del Codice di Sardegna accorda nell'articolo 2139 n° 5° un privilegio al terzo possessore, che ha patito evizione, sopra lo stabile dimesso, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo. Ora il Codice di Sardegna nell'articolo 2209 dichiara che il terzo possessore per conservare il suo privilegio, di cui nell'articolo 2159, dovrà farlo inscrivere nel termine di un mese dal rilascio, e prima del deliberamento contro di lui seguíto. E il Codice di Modena quanto al modo di conservare il detto privilegio dispone ciò che segue nell'articolo 2144: « *Il terzo possessore conserva il suo privilegio, inscrivendolo entro il suddetto termine* (cioè il termine di quaranta giorni assegnato anche ai coeredi nell'antecedente articolo) *all'appoggio della sentenza che lo condanna al rilascio dello stabile.* » Può domandarsi, se i quaranta giorni dovranno decorrere dal giorno della sentenza, o da quello in cui la medesima passò in cosa giudicata. Nel silenzio della legge io credo che il termine debba decorrere dal giorno in cui la sentenza fu profferita.

481. Nel primo Volume abbiamo parlato del conflitto che può verificarsi 1° fra i privilegi generali dell'articolo 2101 che contrastino tra loro di preferenza; 2° tra i privilegi generali dell'articolo 2101 e i privilegi speciali dell'articolo 2102; 3° tra i privilegi speciali dell'articolo 2102 che concorrano tra loro (2). Avendo nel presente Volume tenuto discorso dei privilegi sopra gli immobili e dei privilegi che si estendono sopra i mobili e so-

(1) N. 347, pag. 79.
(2) N. 280 sino al n. 297, pag. 294 e successive.

pra gl'immobili, ci resta da esaminare qual ordine debba osservarsi in una graduatoria nel caso di concorso sugli stessi immobili, 1° dei privilegi generali dell'articolo 2101 coi privilegi speciali dell'articolo 2103; 2° dei privilegi speciali dell'articolo 2103 tra loro contendenti.

Il primo punto non può essere oggetto di alcuna questione, perchè è chiaramente deciso dal legislatore colla disposizione dell'articolo 2105, il quale dichiara che quando per mancanza di mobili i privilegi generali indicati nell'articolo 2101, i quali in forza dell'articolo 2104 si estendono anche sopra gli immobili, si presentano per essere soddisfatti sul prezzo d'un immobile in concorso dei creditori aventi sopra lo stesso immobile un privilegio speciale, i pagamenti si eseguiscono col seguente ordine, cioè 1° pei crediti privilegiati dell'articolo 2101, 2° pei privilegi speciali indicati nell'articolo 2103. I privilegi pertanto generali dell'articolo 2101 sono sempre preferiti a qualunque privilegio speciale.

482. Nel numero dei privilegi generali che si estendono sopra i mobili e sopra gli immobili noi abbiamo altresì collocato il benefizio della separazione, il quale è esercibile tanto sulla massa dei mobili, quanto su quella degli immobili appartenenti all'eredità (1). Questo privilegio della separazione può trovarsi in collisione e in conflitto coi soli creditori personali dell'erede. Siccome l'unico scopo del benefizio della separazione è quello appunto di impedire la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, onde i creditori ed i legatarj della eredità puramente accettata possano essere pagati col prezzo dei beni ereditarj preferibilmente a qualunque creditore personale dell'erede, così è chiaro che concorrendo sugli immobili della eredità i creditori personali dell'erede ed i creditori del defunto ed i legatarj che dimandarono la separazione dei patrimonj, la preferenza è sempre dovuta ai creditori e legatarj che fanno uso del privilegio della separazione debitamente conservato, quand'anche, come saviamente avverte il Duranton (2), i creditori personali dell'erede potessero vantare alcuno dei privilegi generali indicati nell'articolo 2101. Anche per Gius Romano, come si raccoglie dalla L. 1, § 4, D. *De separ.*, il benefizio della separazione

(1) N. 362, pag. 92.
(2) Liv. 3, tit 18, n. 217.

si accordava contro e in pregiudizio di qualunque creditore personale dell' erede, quand' anche dell' erede lo stesso Fisco fosse creditore: « Sed etiam adversus Fiscum et municipes impetraretur separatio. » A questa massima però, secondo la quale i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione devono essere preferiti a qualunque creditore privilegiato dell' erede, deve (1) farsi una eccezione in favore del privilegio degli architetti, che eseguirono sugli immobili ereditarj lavori e riparazioni d' ordine dell' erede, e conservarono il privilegio, uniformandosi alla disposizione dell' articolo 2103 n° 4°. Imperocchè l' ammontare del credito privilegiato dell' architetto riducendosi al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell' alienazione e che deriva dai lavori fatti al medesimo, i creditori ed i legatarj che dimandano la separazione non possono avere diritto di approfittare col pregiudizio del terzo, ossia dell' architetto, di questo maggior valore a cui salì in forza dei lavori lo stabile ereditario. È dunque possibile, anche dopo la separazione, un conflitto tra i creditori ed i legatarj della eredità, ed un architetto che eseguì dei lavori d' ordine dell' erede. Ma se nella massa dei creditori della eredità che chiesero la separazione vi fossero alcuni aventi uno dei titoli contemplati nell' articolo 2101, questi dovrebbero sempre essere preferiti al privilegio dell' architetto, perchè, quando vi è concorso tra i privilegi generali dell'articolo 2101 e i privilegi speciali, la preferenza è data dall' articolo 2105 ai generali.

483. Esamineremo dunque brevemente l' ultimo punto, ossia il conflitto di più privilegi speciali dell' articolo 2103 che fra loro contrastino di prelazione. Cinque sono i privilegi indicati nell' articolo 2103, cioè del venditore, di quelli che hanno somministrato danaro per l' acquisto d' un immobile, dei coeredi, degli architetti, e di quelli che hanno imprestato il danaro per pagare gli architetti ed altri operaj. Ma siccome il privilegio accordato a quelli che somministrarono il danaro per l' acquisto di un immobile è in sostanza lo stesso privilegio competente al venditore, nei diritti del quale i medesimi si ritengono anzi dai Dottori per legge surrogati, e per la stessa ragione il privilegio spettante a quelli che prestarono il danaro per pagare o rimborsare gli architetti e gli operaj è lo stesso privilegio concesso agli architetti ed agli altri operaj im-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 217.

piegati nei lavori (1), così in realtà i privilegi speciali dell'articolo 2103, che possono tra loro trovarsi in conflitto, si riducono a tre, cioè quelli del venditore, dei coeredi, e degli architetti (2). Può il venditore, a cui è dovuto il residuo prezzo del fondo venduto, venire in conflitto con un somministratore che prestò i danari pel pagamento di una parte del medesimo prezzo, e così pure possono gli architetti essere in concorso con chi somministrò una sola parte della somma ad essi dovuta; ma allora per le ragioni altra volta dette (3) la preferenza deve darsi al venditore ed agli architetti pel residuo ad essi rispettivamente dovuto.

A chi dunque si darà la preferenza, se il venditore verrà in conflitto con un coerede, o se l'architetto verrà in conflitto col venditore o coi coeredi?

Consideriamo il primo caso, e primieramente avvertiremo che il numero progressivo, onde sono indicati nell'articolo 2103 i privilegi speciali sopra gli immobili, non può servire, come pretendono alcuni pochi, a determinare il grado a ciascuno competente; e ciò perchè la legge ha coll'articolo 2103 semplicemente numerati ad uno ad uno i detti privilegi speciali senza indicare, come ha fatto nell'articolo 2101, che si esperimentano con l'ordine della numerazione (4). Ciò premesso, sebbene la divisione non sia una vendita, è però certo che ciascuno dei coeredi rinunzia a fronte della quota a lui toccata a quel diritto di condominio indiviso che prima della divisione aveva sui beni assegnati agli altri coeredi o condividenti, ed è per questo che ciascuno è tenuto verso gli altri alla evizione. Infatti la L. 1, C. *Com. ut. jur. tam fam. erc.*, somiglia la divisione alla vendita: « Divisionem prædiorum vicem emtionis obtinere placuit. » La causa dunque del privilegio del venditore è la stessa del privilegio spettante ai coeredi ed ai condividenti, e non vi può essere fra loro altro conflitto che quello che può sorgere fra un primo ed un secondo venditore (5). Perciò il De-

(1) N. 320, e 344, pag. 38 e 75.
(2) Troplong, art. 2096, n. 78 bis.
(3) N. 324, pag. 42.
(4) Vol. 1, n. 156, pag. 150. Troplong, art. 2096, n. 80. Persil, art. 2111, n. 18.
(5) Persil, art. 2111, n. 18. Troplong, art. 2096, n. 79.

mante (1), le cui parole sono citate dal Troplong (2), scrive: « La nature du privilège du vendeur et du copartageant étant identique, la question doit se résoudre entre eux comme elle se résoudrait entre deux vendeurs successifs; la préférence appartient à l'un ou à l'autre, selon que le partage a précédé ou suivi la vente. » Tizio vende il fondo A a Cajo, il quale lascia la sua eredità a Giulio e a Paolo suoi figli. Nelle divisioni dell' asse paterno il fondo A viene assegnato a Giulio, al quale viene accollato il residuo prezzo dovuto al venditore Tizio. Pochi anni dopo le dette divisioni segue un giudizio di espropriazione del fondo A ad istanza di alcuni creditori del detto Giulio. Compariscono a questo giudizio per essere graduati Tizio venditore del fondo espropriato e Paolo fratello di Giulio, amendue privilegiati, il primo pel residuo del prezzo dovutogli da Cajo autore di Giulio e di Paolo, ed il secondo per garanzia della evizione della quota de' beni assegnatagli nelle divisioni. Chi dei due sarà preferito? Tizio. Imperocchè avendo Tizio alienato il dominio del fondo A prima che Paolo rinunziasse coll' atto di divisione alla quota di condominio *pro indiviso* che dopo la morte del padre avea acquistato sullo stesso fondo, ad esso Tizio è dovuta la preferenza per la stessa ragione che quando vi sono più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore in forza della chiara disposizione dell' articolo 2103 n° 1° è preferito al secondo. La giustizia la più rigorosa vuole che nel conflitto tra Tizio e Paolo, a Tizio sia data la prelazione, e su ciò non può nascere alcuna difficoltà.

484. Ma la disputa tra i Dottori è grave nell' altro caso, nel caso cioè di conflitto e di contrasto tra il venditore e l' architetto, o tra l' architetto ed i coeredi. Alcuni, p. e. Malleville e Pigeau, vittoriosamente confutati dal Troplong (3), mossi non dalla ragione, ma dalla materiale numerazione fatta nell' articolo 2103 dei privilegi speciali sopra gl' immobili, pospongono al venditore ed ai coeredi gli architetti e gli operaj indicati nel n° 4° del detto articolo 2103; ma questa opinione non è assolutamente sostenibile, non vi essendo alcun indizio dal quale si possa con qualche fondamento dedurre che la legge abbia

(1) Thémis, t. 6, p. 250.
(2) Art. 2096, n. 81.
(3) Art. 2096, n. 80.

voluto colla numerazione fatta nell' articolo 2103 fissare la graduazione dei privilegi speciali sopra gl' immobili. Il Grenier (1) propone, mosso da uno spirito di conciliazione, che il venditore e l' architetto che eseguì dei lavori sull' immobile venduto siano pagati per contributo, onde ciascuno perda in proporzione di ciò che gli è dovuto. Il Troplong (2) per confutare la opinione del Grenier entra nei più minuti dettagli di più Decisioni, alcune della quali sembrano al Grenier favorevoli, ed altre sono al medesimo manifestamente contrarie. Io, sebbene m' attenga alla opinione del Troplong, non credo necessario di far parola delle Decisioni diffusamente da lui citate, perchè mi pare che alcune poche e semplici riflessioni dimostrino con tutta evidenza doversi al venditore ed ai coeredi preferir sempre il privilegio dell' architetto.

Prima di tutto, perchè si potesse ammettere la opinione del Grenier, farebbe mestieri che i privilegi dell' architetto e del venditore o dei coeredi avessero una stessa causa; laddove la causa è assolutamente diversa, mentre la causa del privilegio del venditore ed anche dei coeredi è il diritto di proprietà, la causa del privilegio dell' architetto è la conservazione o il miglioramento della cosa altrui. Ma messa da parte anche la causa diversa dei privilegi, di cui è discorso, l' architetto ha forse privilegio per tutta la somma di cui può essere creditore? No. Dichiara espressamente l' articolo 2103 n° 4°, che il privilegio dell' architetto si riduce al maggior valore che ha lo stabile al tempo dell' alienazione, e che deriva dai lavori fatti al medesimo. Cajo, p. e., vende a Giulio una casa per 100 mila franchi. Un incendio distrugge una parte di detta casa, alla quale resta appena il valore di 50 mila franchi. Un architetto edifica a proprie spese la parte distrutta, e diviene creditore di franchi 30 mila. Si fa ad istanza di qualche creditore la espropriazione di detta casa, la quale in forza dei lavori eseguiti dall' architetto si vende 70 mila franchi. L' architetto, sebbene sia creditore di franchi 30 mila, non può reclamare privilegio che per soli franchi 20 mila, perchè il maggior valore derivante dai lavori eseguiti, che ha la casa al tempo della fatta alienazione, è di soli franchi 20 mila. Ora sarebbe egli giusto che

(1) Tom. 2, p. 259, n. 411.
(2) Art. 2096, n. 80 bis.

questi franchi 20 mila gli fossero portati via dal venditore, o pure che il venditore e l'architetto dovessero ciascuno in proporzione del credito privilegiato sottostare alla perdita? Qualora l'architetto non avesse ricostrutta la parte della casa distrutta dall'incendio, la casa stessa sarebbesi venduta soli franchi 50 mila, e il venditore avrebbe dovuto contentarsi di detta somma. Se la casa fu venduta 70 mila franchi, ciò avvenne a cagione dei lavori dell'architetto che diedero al valore della casa, ridotto dopo l'incendio a soli franchi 50 mila, un aumento di franchi 20 mila. È dunque giusto che l'architetto abbia per intero questi franchi 20 mila che rappresentano il maggior valore attribuito alla casa dai lavori eseguiti, senza i quali la casa stessa sarebbe stata venduta soli franchi 50 mila. Dunque l'architetto deve avere il diritto di esercitare per intero il suo privilegio a preferenza del venditore o di un coerede. Perchè deve darsi all'architetto una tal preferenza? Perchè il privilegio non gli viene dalla legge attribuito per l'intero suo credito, come agli altri creditori privilegiati, ma unicamente sino alla concorrenza del maggior valore derivante dai fatti lavori che ha il fondo al tempo dell'alienazione; perchè l'esercizio del suo privilegio non reca alcun danno al venditore o al coerede; e perchè realmente se il venditore o il coerede esercitassero il privilegio oltre la somma, alla quale prima dei lavori dell'architetto erasi ridotto il valore dell'immobile, essi contro le regole dell'equità non meno che della rigorosa giustizia avrebbero un lucro a spese altrui, cioè a spese dell'architetto. È per questa ragione che è possibile, come si è detto qui sopra (1), un conflitto, anche dopo la separazione dei patrimonj, tra un architetto che eseguì dei lavori d'ordine dell'erede ed i creditori e legatarj del defunto, non ostante che il benefizio della separazione abbia per risultato di formare due distinte masse di creditori e di beni, cioè la massa dei creditori del defunto e quella dei creditori dell'erede, e così la massa dei beni dell'eredità e quella dei beni proprj dell'erede, come se l'eredità del defunto non fosse stata adita dall'erede, e come se il defunto e l'erede fossero due distinte e diverse persone. Sebbene il venditore o il coerede abbiano ed esercitino il privilegio sullo stesso immobile, in realtà l'architetto lo esercita sulla parte del prezzo che rap-

(1) N. 482, pag. 330.

presenta il maggior valore della cosa derivante dai fatti lavori, e il venditore o il coerede sulla parte del prezzo che rappresenta il valore che avea lo stabile prima dei lavori. E però nel supposto caso l'architetto che ha il privilegio per soli franchi 20 mila deve avere il diritto di esercitarlo per intero preferibilmente al venditore o al coerede, perchè il maggior valore attribuito alla casa dai lavori esiste al momento della alienazione; ed al contrario il venditore che ha un credito privilegiato di 100 mila dovrà contentarsi di soli 50 mila, perchè la casa su cui ha privilegio, non considerato il maggior valore derivante dai lavori, è ridotta al valore di soli franchi 50 mila. Tengasi adunque col Troplong (1), che l'architetto ha diritto di essere preferito al venditore ed al coerede.

485. La decisione di questo dubbio nel modo ora detto rende facile lo scioglimento della questione di preferenza, che si agiti tra due architetti che abbiano successivamente uno dopo l'altro eseguiti dei lavori sullo stesso immobile. Imperocchè o al momento della alienazione sussiste ancora il maggior valore che acquistò l'immobile in forza dei lavori del primo e del secondo architetto, e allora l'uno e l'altro avranno diritto di esercitare il loro privilegio senza che l'uno possa nuocere all'altro. O il maggior valore derivante dai lavori del primo è scomparso al momento della alienazione dell'immobile, il quale non ha più che il maggior valore attribuitogli dai lavori eseguiti dal secondo architetto, e allora il secondo architetto soltanto ad esclusione del primo avrà diritto di esercitare il privilegio. Tizio possiede una casa del valore di franchi 30 mila. Alcuni ristauri e riparazioni eseguite da un architetto ne aumentano il valore di franchi 4 mila. Altre riparazioni che un secondo architetto fece sulla stessa casa due o tre anni dopo le prime, danno anch' esse alla casa un maggior valore di franchi 6 mila. Si fa la espropriazione di questa casa, la quale in grazia dei lavori del primo e del secondo architetto, che complessivamente ne hanno aumentato il valore di franchi 10 mila, si vende per il prezzo di franchi 40 mila. È chiaro che a prefeferenza di qualunque altro privilegio speciale ciascuno dei due architetti eserciterà quello che gli compete, cioè il primo per franchi 4 mila, l'altro per franchi 6 mila. Ma se al tempo del-

(1) Art. 2096, n. 80 bis.

l' alienazione non esiste più il maggior valore attribuito alla casa dai lavori del primo architetto, la quale conserva soltanto il maggior valore derivante dai lavori del secondo architetto e si vende soli franchi 36 mila, il solo secondo architetto avrà diritto di esercitare il suo privilegio, e il primo rimarrà interamente escluso (1). Come un creditore qualunque non può più esercitare il suo privilegio che per qualsiasi titolo gli competa, nè la sua ipoteca, se ne perisce e vien meno il soggetto, giusta il principio stabilito della L. 8, pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur:* « sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit; » per la stessa ragione il primo architetto, nell'ipotesi che al momento della alienazione non esista più il valore che i suoi lavori diedero allo stabile, non potrà reclamare il diritto del suo privilegio, perchè questo maggior valore derivante allo stabile dai suoi lavori è in realtà il soggetto, sul quale l'architetto può far valere il privilegio che la legge gli accorda.

486. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, ripetendo nell'articolo 1974 la disposizione dell'articolo 2105 del Codice Napoleone, si limita a stabilire che nel caso di conflitto dei privilegi generali coi privilegi speciali sugli stessi immobili la preferenza è dovuta ai privilegi generali; ma nulla dispone in ordine al grado da assegnarsi tra loro ai privilegi speciali. Ma il Codice di Parma, non contento di avere stabilito nell'articolo 2158 che i creditori privilegiati, di cui nell'articolo 2129, ossia i privilegi generali, se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi stabili, sono pagati a preferenza, non ha voluto lasciare aperto il campo alla questione di preferenza che si fa dagl' Interpreti del Diritto Francese nel caso di conflitto tra il privilegio dell'architetto e quello del venditore, e dispone nell'articolo 2161 che tra i creditori privilegiati sopra certi stabili sono preferiti al venditore gli architetti, muratori, ed altri operaj impiegati nella ricostruttura e riparazione della cosa, e quelli che hanno fornito il danaro per pagare o rimborsare gli operaj. Verificandosi il conflitto tra il venditore, a cui è dovuto un residuo dell'immobile venduto, ed un somministratore, coi denari del quale fu pagata una parte del prezzo, tutti gl'Interpreti del Diritto Francese sono d'accordo nel dare la preferenza al venditore (2). Il Codice di Parma

(1) Persil, art. 2111, n. 19.
(2) N. 324, pag. 42.

ha deciso anche questo punto, dichiarando nell' articolo 2162 che il venditore per ciò che gli è ancora dovuto è preferito a chi ha somministrato al compratore il danaro per l' acquisto. E ripetendo nello stesso articolo 2162 la seconda parte del n° 1° dell'articolo 2103 del Codice Napoleone, dispone anch'esso che essendovi più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così successivamente.

487. Il Codice di Sardegna, il quale imitando l'esempio dell' articolo 2101 del Codice Napoleone dichiarò negli articoli 2156 e 2160, che i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili e degli immobili si esperimentano nell' ordine onde sono numerati, ha tenuto saviamente lo stesso sistema anche nell' articolo 2158 riguardo ai creditori aventi un privilegio speciale sopra gli immobili: « *Sono creditori privilegiati sopra gli immobili, e nell' ordine seguente: ec.* » Ond' è che in forza di una tale disposizione devono essere graduati in primo luogo gl' intraprenditori ed architetti, in secondo il venditore od altro alienante, in terzo i coeredi. All' alienante contemplato nel n° 2° del detto articolo 2158 è dovuto il secondo grado; ma se vi saranno più alienazioni successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in parte, il primo alienante è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così progressivamente in forza della dichiarazione fatta nello stesso articolo 2158 n° 2°. La quale dichiarazione è pure ripetuta nello stesso articolo n° 3° rispetto ai coeredi, ove è detto che ove sianvi più divisioni successive, si osserverà tra i coeredi ed i socj la stessa regola stabilita nel numero precedente. Stabilisce inoltre il detto articolo 2158 n° 4° con una disposizione generale applicabile a tutti i privilegi sopra gl' immobili, che quelli che avranno prestato danaro per pagare i creditori privilegiati contemplati nei numeri precedenti, godranno rispettivamente sullo stabile dello stesso privilegio secondo l' ordine indicato, purchè sia comprovato autenticamente con l' atto d' imprestito che la somma era destinata a tal impiego, e con la ricevuta dei detti creditori, che il pagamento sia stato fatto col danaro imprestato. Non contempla il citato articolo 2158 n° 4° il caso di conflitto tra il creditore privilegiato, a cui è dovuto il residuo del suo credito, ed il somministratore, coi denari del quale fu pagata una parte del credito privilegiato; ma accordando il detto

articolo 2158 n° 4° al somministratore lo stesso privilegio del creditore soddisfatto coi denari della somministrazione, verificandosi il detto conflitto, è applicabile la disposizione dell'articolo 1342, il quale stabilisce che il subingresso non può nuocere al creditore quando questi non fu pagato che in parte, e che in tal caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto, in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale.

Il Codice di Sardegna, come altra volta fu detto (1), accorda nell'articolo 2159 un privilegio al possessore sopra lo stabile di cui è stato spropriato, per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo, sino a concorrenza della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio ovvero del deliberamento contro di lui seguito. Quanto alla classificazione di questo privilegio, lo stesso articolo 2159 dichiara che il medesimo avrà, rispetto agli altri privilegi, lo stesso grado di quello di cui nel n° 1° del precedente articolo, ossia del privilegio degli intraprenditori e degli architetti. Essendo il detto privilegio dall'articolo 2159 accordato al terzo possessore per la stessa causa onde è concesso nell'articolo 2158 n° 1° agli intraprenditori ed agli architetti, ossia per le riparazioni ed i miglioramenti fatti allo stabile, è giusto che anche al privilegio del terzo possessore sia accordato, rispetto agli altri, lo stesso grado primo stato concesso al privilegio degli intraprenditori e degli architetti.

488. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj non volendo lasciare indecisa la questione di preferenza che può sorgere nel caso di conflitto di più privilegi tra loro, dispone nel § 73 che l'ordine, col quale vengono indicati nei rispettivi capitoli i privilegi sopra beni mobili o sopra beni immobili, determina la preferenza dei creditori, allorchè concorrono fra di loro. L'ordine pertanto, onde sono indicati nel § 83 i privilegi sopra gli immobili, serve anche a determinare il loro grado; e però il primo posto è dovuto agli architetti, il secondo al padrone diretto pel suo credito dei canoni e per le altre obbligazioni dell'enfiteuta, il terzo all'alienante, il quarto ai creditori ed ai legatarj del defunto sopra gl'immobili della successione per l'im-

(1) N. 349, pag. 81.

porto del credito o del legato. Quanto al grado spettante all' alienante, il § 85 del lodato Regolamento, attenendosi al principio stabilito dal Codice Napoleone nell' articolo 2103 n° 1°, dichiara che quando vi siano più alienazioni successive, il primo alienante è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così successivamente. E finalmente sebbene il quarto ed ultimo grado sia assegnato nel § 83 n° 4° ai creditori e legatarj del defunto sopra gl' immobili della successione, senza bisogno d' invocare il benefizio della separazione dei patrimonj, è però dichiarato nel § 87 che nel concorso di creditori e di legatarj dovranno sempre ed in ogni caso preferirsi i creditori.

489. Anche il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* fissa con regola certa l' ordine con cui si classano i privilegi sopra gl' immobili. Primieramente dispone nell' articolo 46 che i creditori per alcuno dei titoli notati all' articolo 9, ossia i creditori che godono d' un privilegio generale sui beni immobili e mobili, se concorrono tra loro, esercitano il respettivo privilegio e vengono soddisfatti gradualmente, e nell'ordine stesso di numerazione con cui sono disposti in detto articolo. Dispone in secondo luogo nell'articolo 47 che se i detti creditori indicati nell'articolo 9 aventi un privilegio generale concorrono con creditori forniti di un privilegio speciale sopra alcuni mobili o sopra alcuni immobili, i primi ottengono preferenza sopra tutti gli altri. Finalmente dispone nell' articolo 48 che verificandosi un concorso tra i creditori per titoli indicati all' articolo 17, ossia tra i creditori aventi un privilegio speciale sopra uno o più immobili, questi esercitano il loro privilegio secondo l' ordine stesso di numerazione che hanno in detto articolo 17. In forza della quale disposizione il primo grado è dovuto all'Amministrazione del Registro pei titoli indicati nel detto articolo 17 n° 1°; il secondo al sovventore del danaro e dei materiali per restaurare, compire o migliorare lo stabile, o per pagare gli operaj; il terzo agli architetti, cottimanti, muratori e altri operaj; il quarto al difensore per gli onorarj e le spese anticipate nel giudizio sostenuto per la conservazione, o per il recupero dell' immobile o del suo prezzo; il quinto al venditore del fondo; il sesto al sovventore del danaro per la compra dell' immobile; e il settimo ed ultimo finalmente al padrone diretto ed al locatore dell' immobile dato a lungo tempo. Alla detta regola però stabilita coll' indicato articolo 48, secondo

la quale l' ordine di numerazione serve altresì a fissare l' ordine del grado, viene fatta nello stesso articolo 48 una eccezione pel caso, in cui il creditore privilegiato indicato nel n° 3° dell' articolo 17, ossia l' architetto, concorra col creditore privilegiato indicato nel n° 7° dello stesso articolo 17, ossia col padrone diretto o col locatore di un immobile dato a lungo tempo. In questo caso speciale vuole il detto articolo 48 che il creditore privilegiato indicato nel n° 7° dell' articolo 17 sia preferito al creditore privilegiato indicato nel n° 3° dello stesso articolo 17. Anzi in forza di uno schiarimento dato all' articolo 48 da una Circolare della Imperiale e Reale Consulta del 12 dicembre 1836 il creditore privilegiato indicato nel n° 7° dell' articolo 17 deve preferirsi non solo al creditore privilegiato indicato nel n° 3° del detto articolo 17, ma altresì al creditore privilegiato indicato nel n° 2° dello stesso articolo 17; ossia il privilegio del padrone diretto e del locatore del fondo dato a lungo tempo deve essere preferito non solo agli architetti e ai cottimanti, a cui nell' articolo 17 viene assegnato il terzo posto, ma altresì al sovventore del danaro e dei materiali somministrati pei lavori di restauro o miglioramento, a cui nell' articolo 17 viene assegnato il secondo grado (1). Dichiara pure il lodato Motuproprio Toscano nell' articolo 52 che nel caso che del fondo stesso sieno accadute più vendite successive senza pagamento del prezzo o in tutto o in parte, il primo venditore deve preferirsi al secondo, il secondo al terzo, e così successivamente; e nell' articolo 55 finalmente che le persone, alle quali compete il beneflzio della separazione dei patrimonj sui beni ereditarj, soddisfatta prima dei suoi diritti l'Amministrazione del Registro, debbono costantemente anteporsi a tutti i creditori proprj dell' erede.

490. Il Codice di Modena dopo di avere stabilito nell' articolo 2149 che i creditori privilegiati, di cui nell' articolo 2123, aventi un privilegio generale sopra i mobili e sopra gl' immobili del debitore, se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi mobili o certi stabili, sono pagati a preferenza, e dopo di avere stabilito pure nell' articolo 2150, che i creditori di cui nel detto articolo 2123, se vengono in concorso fra loro tanto sopra i mobili quanto sopra gli stabili, sono pagati nell' ordine dallo

(1) Sabatini, Sistema Ipot. Tosc., tom. 1, cap. 11, n. 821, pag. 329.

stesso articolo 2150 determinato, cioè nel primo grado le spese di giustizia, nel secondo le spese funerali, nel terzo le spese di ultima infermità, nel quarto ed ultimo i salarj delle persone di servigio e le somministrazioni di alimenti, dispone nell' articolo 2152 ciò che segue : « *Fra i creditori privilegiati sopra certi stabili è preferito al venditore il terzo possessore per i compensi dovutigli a termini dell' articolo* 2139. » Questa disposizione è pienamente conforme alla massima stabilita dall' articolo 2159 del Codice di Sardegna, il quale dispone che il terzo possessore, a cui è concesso un privilegio sopra lo stabile di cui è stato spropriato per le riparazioni ed i miglioramenti fatti al medesimo, avrà, rispetto agli altri privilegi, lo stesso grado primo assegnato nell' articolo 2158 n° 1° agli intraprenditori, agli architetti e ad altri che impiegarono le loro opere o provviste a costruire, od a riparare o migliorare un immobile. Il Codice di Modena ha con saggissimo consiglio abolito il privilegio degli architetti; ma col citato articolo 2152 giustamente antepone il terzo possessore al venditore, essendo accordato al terzo possessore il privilegio pel titolo di riparazioni e miglioramenti fatti all' immobile, dei quali non deve godere il venditore a scapito di chi ne sostenne le spese.

Il Codice Napoleone non ha contemplato il caso del conflitto tra il venditore, a cui sia dovuto il residuo del prezzo, e il somministratore della somma impiegata nel parziale pagamento dello stesso prezzo, e ricorrono perciò gl' Interpreti alla disposizione dell' articolo 1252, il quale dichiara che il subingresso non può nuocere al creditore quando questi non fu pagato che in parte, e che in tale caso egli può far valere le sue ragioni per il restante che gli è dovuto in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale. Ma il Codice di Modena, seguendo l'esempio dell'articolo 2162 del Codice di Parma, scioglie il detto dubbio con una espressa disposizione, che forma la prima parte dell' articolo 2153 concepita nei seguenti termini: « *Il venditore per ciò che gli è ancora dovuto è preferito a chi ha somministrato al compratore il denaro per l' acquisto.* » E nella seconda parte dello stesso articolo 2153 è ripetuta la giusta massima dell' articolo 2103 n° 1° del Codice Napoleone, che cioè nel caso di più vendite successive deve darsi la preferenza al primo venditore: « *Essendovi più vendite successive, il prezzo delle quali sia dovuto in tutto o in par-*

te, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo, e così successivamente. »

Secondo il Codice Napoleone quando si tratta di privilegi speciali sugli immobili il conflitto può nascere tra l'architetto da una parte e il venditore o il coerede dall'altra (1). Secondo il Codice di Modena il conflitto può nascere tra il terzo possessore da una parte e dall'altra il venditore o i permutanti o il donante ed anche fra il terzo possessore e il coerede. La disposizione dell' articolo 2152 sebbene contempli il solo conflitto tra il terzo possessore e il venditore, è altresì applicabile al conflitto del terzo possessore col donante, coi permutanti, e coi coeredi. Imperocchè tanto la donazione quanto la permuta sono atti di alienazione al pari della vendita, ed anche la divisione si può risolvere in una alienazione del gius di condominio *pro indiviso* spettante a ciascun coerede sui beni comuni. La forza del privilegio competente ai permutanti, al donante, ed ai coeredi, o è eguale a quella del privilegio del venditore, o è certamente minore, perchè nessuno merita più favore del proprietario che vende la cosa propria a fronte di un determinato prezzo che è la correspettività del dominio già ceduto. Se dunque in forza del citato articolo 2152 il terzo possessore è pel suo credito privilegiato preferito al venditore, deve essere altresì preferito ai permutanti, ai coeredi, ed al donante qualunque volta trovasi con questi in collisione. A più forte ragione poi il terzo possessore sarà preferito a quelli che hanno somministrato denaro per l'acquisto dell'immobile, perchè non solo il privilegio di costoro è uguale al privilegio diretto del venditore, ma anzi il venditore pel suo residuo è preferito a quelli che somministrarono il denaro pel pagamento del prezzo. Tra il venditore e il coerede, e così pure fra il permutante e il coerede, o fra il donante e il coerede non può sorgere propriamente conflitto, a meno che non si tratti di una alienazione e di una divisione dello stesso immobile fatte successivamente una dopo l'altra, e allora la questione del grado si scioglie nel modo che ho già detto (2) un' altra volta, ossia deve darsi la preferenza all'alienante, se l'alienazione è anteriore alla divisione; o al privilegio del coerede, se la divisione è anteriore all'alienazione; giusta il principio fissato dall' articolo 2103 n° 1° del Codice Na-

(1) N. 483, pag. 331. Troplong, art. 2096, n. 78 bis.
(2) N. 483, pag. 331.

poleone, e dall' articolo 2153 del Codice di Modena, i quali concordemente stabiliscono che essendovi più vendite successive, il primo venditore è preferito al secondo.

Articolo 2112.

Tutti i cessionarj di queste diverse specie di crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato.

491. L'erede, che giusta il principio stabilito dalla L. 62, D. *De div. reg. Jur.*, rappresenta la persona del defunto, ne esercita anche, come dichiara la L. 59, D. *De div. reg. Jur.*, tutti i diritti: « Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus. » Non può dunque l' erede non avere il diritto di valersi delle ipoteche e dei privilegi, onde sono garantiti i crediti già spettanti al suo autore. Dall' erede è diverso il cessionario di un credito, il quale non è che un successore particolare del creditore che fece la cessione del nome del debitore. Il Gius Romano permette la vendita dei crediti che sono annoverati tra le cose incorporali, ed anzi la L. 17, D. *De hered. vel act. vend.*, dichiara valida perfino la vendita del nome di un debitore obbligato sotto condizione: « Nomina eorum, qui sub conditione vel in diem debent, et emere et vendere solemus; ea enim res est, quæ emi et venire potest. » Ma essendo il diritto del creditore inerente alla persona di lui, ed il debitore essendo personalmente obbligato verso la sola persona del creditore, il cessionario secondo i rigorosi principj del Diritto Romano, per esercitare le azioni derivanti dal ceduto credito, avea bisogno di una espressa cessione delle azioni medesime, mediante la quale il cessionario era costituito procuratore *in rem propriam* dello stesso cedente; e senza la detta cessione espressa delle azioni spettanti al cedente, il cessionario non avea altro diritto che di esercitare le azioni *utili* (1). Ciò risulta chiaramente dalla L. 5, D. *De hered. vel act. vend.*, la quale sebbene parli della vendita di una eredità è altresì applicabile alla vendita di un credito, essendo i crediti come le eredità messi nel numero delle cose incorporali: « Em-

(1) Voet, lib. 18, tit. 4, n. 12.

tor hereditatis *actionibus mandatis* eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis *utiles* adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuerit. » Anche la L. 8, C. *De hered. vel act. vend.*, la quale contempla espressamente il caso della vendita di un credito, conferma la detta massima: « Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel *in rem suam procuratore facto*, vel *utilis* secundum ea, quæ pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. » Questi rigorosi principj erano dal Gius Romano seguíti altresì nella dazione *in solutum* del nome di un debitore, come risulta dalla L. 5, C. *Quando Fiscus vel priv. deb. sui deb.*, la quale insegna come il creditore, a cui fu assegnato dal debitore un credito in soddisfazione del suo avere, agisce contro il debitore assegnato *in solutum* o coll' azione *utile*, o in grazia delle azioni cedute colla veste di procuratore *in rem propriam*: « In solutum nomine dato, non aliter, nisi *mandatis actionibus*, ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest. Suo autem nomine *utili actione* recte utetur. » Perciò la L. 23, D. *De hered. vel act. vend.*, dichiara che il venditore del nome del suo debitore deve cedere tutte le azioni che gli competono tanto contro il debitore quanto contro i mallevadori di lui, onde il cessionario possa col mezzo delle azioni dirette esigere il credito ceduto: « Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores hujus debiti cedere debet. » Deve però avvertirsi che secondo la massima stabilita dalla L. 7, C. *De obligat. et act.*, la espressa cessione delle azioni principali trae con sè tacitamente quella altresì delle azioni accessorie: « Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quæ venditor nominis persequi posset, apud Præsidem Provinciæ vindica. » Commentando la qual Legge il Brunemanno fa la dimanda, se il cessionario di un credito garantito da ipoteca possa esercitare l' azione ipotecaria non espressamente ceduta dal cedente, e risponde affermativamente all' appoggio della citata Legge, dalla quale deduce la massima, che ceduta una qualche azione principale devono aversi per cedute tacitamente le azioni accessorie contro i fidejussori e contro le cose date in pegno: « Colligitur: quod cessa actione aliqua, cessæ videantur etiam actiones accessoriæ, v. g. actio contra fidejussores

et actiones hypothecariæ seu reales; et sic una cum cessa personali actione, et tacite cesso jure hypothecæ, tacite cessum etiam videtur jus distrahendi. » Ad ogni modo, sebbene in forza della Legge or ora citata le azioni accessorie si abbiano per tacitamente cedute quando fu fatta la cessione espressa delle azioni principali, queste devono sempre secondo i principj rigorosi delle Leggi Romane essere cedute, onde il cessionario possa agire contro il debitore ceduto con azione *diretta*, senza bisogno di ricorrere all' azione *utile*.

Secondo le massime del Codice Napoleone non è necessaria nella cessione dei crediti la espressa cessione delle azioni competenti al cedente, e colla cessione del credito s' intendono *ipso jure* trasferite nel cessionario tutte le azioni del cedente tanto principali quanto accessorie. Ciò risulta dai combinati articoli 1692 e 2112 che sono in piena armonia tra loro. Dichiara infatti il primo che la vendita o la cessione di un credito comprende gli accessorj del credito stesso, come sono le cauzioni, i privilegi e le ipoteche; ed il secondo, che i cessionarj dei crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato. La disposizione del quale ultimo articolo, sebbene collocata sotto la Sezione che tratta *Dei modi coi quali si conservano i privilegi,* è per identità di ragione, e dirò anzi a più forte ragione applicabile ai crediti ipotecarj, essendo il privilegio un diritto più forte della semplice ipoteca. Siccome però la cessione dei crediti è un contratto che si eseguisce fra il cedente ed il cessionario senz' alcun bisogno dell' assenso e dell' intervento del debitore ceduto, il cessionario giusta l'articolo 1690 non ha diritto verso i terzi che dopo fatta la denunzia al debitore della seguíta cessione, o quando il debitore abbia accettata la cessione con un atto autentico. L' articolo pertanto 2112, che dà ai cessionarj dei crediti privilegiati il diritto di esercitare le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato, è in pieno accordo colla citata disposizione dell' articolo 1692. Se Tizio cede a Cajo il credito che tiene con Giulio per residuo prezzo di un fondo venduto allo stesso Giulio, pel solo fatto della cessione di questo credito, il cessionario Cajo potrà esercitare in grazia dei combinati articoli 1692 e 2112 il privilegio sul fondo che fu venduto da Tizio a Giulio anche senza il bisogno di una espressa cessione di un tale privilegio. Il cessionario diviene assoluto pa-

drone del credito a lui ceduto, e come egli è tenuto a prender parte al giudizio di concorso per l'esazione e a sottostare alle conseguenze tutte della classificazione, e quindi anche all'aggiudicazione dei fondi destinati alla soddisfazione (1), deve anche avere il diritto di esercitare i privilegi che al cedute credito sono inerenti, i quali al pari delle ipoteche non sono che un accessorio dell'azione principale. I privilegi anche per Gius Romano, come si disse altra volta (2), e come si raccoglie dalla L. 196, D. *De div. reg. Jur.*, erano trasmissibili quando erano attribuiti alla causa e non alla persona: Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ; et ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt. » I privilegi del Codice Napoleone altro non sono che un diritto di prelazione attribuito dalla legge alla qualità del credito, e corrispondono all'ipoteca privilegiata romana. Sono dunque trasmissibili come un diritto d'ipoteca, e perciò il cessionario di un credito privilegiato ha tutto il diritto di esercitare il privilegio inerente al credito in luogo del cedente. La cessione è un contratto di alienazione che lascia vivo nella sua integrità il credito ceduto, di cui trasfonde le ragioni ed azioni nel cessionario. E sebbene col prezzo della cessione il cedente rimanga soddisfatto del suo avere, il credito riman fermo e vivo, perchè il cessionario fa il pagamento al cedente in soddisfazione non già del credito che lo stesso cedente teneva verso il debitore ceduto, ma del prezzo della cessione, che è un debito proprio e personale dello stesso cessionario contratto verso il cedénte.

492. Non bisogna confondere la cessione di un credito colla accollazione, mediante la quale un creditore addossa al suo debitore il pagamento di un debito che lo stesso creditore accollante tiene con un terzo, come se Tizio vende un suo fondo a Cajo, e in conto di prezzo gli accolla il pagamento di una somma da esso Tizio dovuta a Sempronio. La cessione si fa tra il creditore ed il cessionario che subentra nelle ragioni di lui, senza bisogno, come dichiara la L. 31, C. *De hered. vel act. vend.*, dell'assenso del debitore ceduto: « Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. » L'accollazione si fa senza bisogno dell'assenso del credi-

(1) Collez. delle massime stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 2, pag. 105, dec. 297, del 20 luglio 1824.
(2) Vol. 1, n. 26, pag. 28.

tore in favore del quale è fatta, a cui non solo non nuoce, ma aggiunge un nuovo debitore che è l'accollatario. Ma la differenza sostanziale tra la cessione e l'accollazione sta in questo, che colla cessione il cedente si spoglia della proprietà del suo credito per investirne il cessionario nel quale vengono trasferite tutte le ragioni ed azioni; laddove colla accollazione, la quale non produce alcuna novazione, conservano intatte le ragioni del rispettivo credito tanto il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, contro l'accollante, quanto l'accollante verso l'accollatario. Se l'accollatario fa il pagamento in mano della persona che gli venne dall'accollante indicata, ossia in mano del creditore in favor del quale l'accollazione fu fatta, un tale pagamento è validissimo e regolare, e reca, come dice la L. 64, D. *De solut. et librat.*, il doppio effetto di estinguere sì il debito che l'accollatario teneva coll'accollante, come quello che l'accollante avea verso la persona in favor della quale l'accollazione fu fatta: « Cum jussu meo id quod mihi debes solvis creditori meo, et tu a me, et ego a creditore meo liberor. » Ma sino a che l'accollatario non ha eseguito il detto pagamento nelle mani del creditore, a favor del quale fu fatta l'accollazione, conservano rispettivamente le ragioni del proprio credito, come se non fosse avvenuta l'accollazione, e l'accollante verso l'accollatario, e il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, verso l'accollante (1). Ed è sì vero che non ostante l'accollazione restano ferme le rispettive ragioni dell'accollante verso l'accollatario, e del creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione verso l'accollante, che la L. 3, C. *De novat. et deleg.*, accorda il diritto all'accollante di ritrattare la fatta accollazione: « Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveras actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. » Conformemente a questa massima una Deci-

(1) Pothier, Traité du contrat de vente, chap. 4, art. 1, n. 552. Voet, lib. 18, tit. 4, n. 11. Massime di Dir. stabilite dal Sup. Cons. di Mod., tom. 2, pag. 297, dec. 563, del 14 luglio 1827.

sione del Supremo Consiglio di Modena (1) ebbe a stabilire che l'accollazione alla quale non intervenne il creditore accollato, nè dichiarò in tempo abile di approfittarne, risolvesi in un mandato sempre revocabile a piacere dell'accollante e dell'accollatario, senza alcun riguardo all'interesse dei terzi, e che perciò il creditore accollato non può impugnare la retrocessione dell'accollazione o il pagamento in mano dell'accollante a meno che non giustifichi gli estremi dell'Editto Pretorio *De his quae in fraudem creditorum gesta sunt, ut restituantur*. Che se il creditore accollato accettò in qualunque modo l'accollazione, questa allora, sebbene non siasi verificata alcuna novazione, diventa un atto irretrattabile, non essendo più in facoltà dell'accollante di togliere al creditore un diritto già da lui acquisito. Egli è perciò che la L. 106, D. *De solut. et lib.*, dichiara essere diversi gli effetti nel caso di accollazione secondo che questa fu o no accettata con una espressa stipulazione dal creditore, in mano del quale deve l'accollatario eseguire il pagamento: « Aliud est, jure stipulationis Titio solvi posse, aliud, postea permissu meo id contingere; nam cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest; cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur. » Al creditore pertanto, in favor del quale viene fatta l'accollazione, non è propriamente applicabile la disposizione dell'articolo 2112, non essendo egli per le ragioni or ora dette il cessionario dell'accollante. Ma siccome l'accollazione risolvesi in un mandato, onde viene autorizzato il creditore accollato ad esigere dall'accollatario ciò che gli è dovuto in tutto o in parte, così allo stesso creditore accollato non può negarsi il diritto di valersi contro l'accollatario, colla veste di mandatario dell'accollante, di tutti i diritti, azioni e privilegi allo stesso accollante competenti (2).

493. Diversa dalla accollazione è la delegazione, la quale ha luogo allora quando il debitore assegna al suo creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore che accetta la delegazione. Dice perciò Ulpiano nella L. 11, D. *De novat. et deleg.*, che delegare vuol dire, dare in sua vece un altro debitore al creditore: « Delegare est vice sua alium reum dare credito-

(1) Tom. 3, pag. 121, dec. 683, del 30 dicembre 1828.
(2) Troplong, art. 2112, n. 344.

ri. » Nella accollazione non solo non è necessario l'assenso del creditore in favor del quale la medesima è fatta; ma il più delle volte si fa l'accollazione senza l'intervento di lui, e non ha luogo alcuna novazione, come si è detto qui sopra, per cui il creditore conserva intatte le ragioni del suo credito contro l'accollante, di cui esercita le ragioni contro l'accollatario colla veste di mandatario, ed intatte rimangono pure le ragioni ed azioni dell'accollante contro l'accollatario. Al contrario nella delegazione è necessario il consenso del debitore delegante, del debitore delegato e finalmente del creditore che accetta la delegazione. Imperocchè colla delegazione, la quale produce novazione, si estingue il debito che il delegante teneva col creditore a favor del quale è fatta la delegazione, e se ne contrae un nuovo tra il delegato e il creditore che accetta la delegazione; e quando il delegato era già debitore verso il delegante, come avviene nel più dei casi in cui si fa la delegazione, allora rimane anche estinto il debito che il delegato teneva col delegante (1). La differenza tra l'accollazione e la delegazione viene chiaramente indicata dalla L. 8, § 5, D. *De novat. et deleg.*, dalla quale risulta appunto che il delegante resta liberato in faccia al creditore che accettò la delegazione, laddove l'accollante rimane, nonostante l'accollazione, obbligato come prima verso il creditore in favor del quale si aggiunge la obbligazione dell'accollatario: « Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur; sed altero solvente alter liberatur. » E il debitore che fa la delegazione resta talmente liberato e sciolto da ogni obbligazione verso il suo creditore, che la L. 68, § 1, D. *De evict.*, nega persino al creditore il diritto di agire contro il debitore delegante nel caso di sofferta evizione del pegno che lo stesso delegante aveva accettato a garanzia della obbligazione del debitore delegato: « Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus, quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit. » E siccome è principio di Diritto stabilito dalla L. 43, D. *De solut. et liber.*, che quando rimane estinta la obbligazione principale, restano sciolte altresì

(1) Voet, lib. 46, tit. 2, n. 11, 12 e 13. Pothier, Traité du Contrat de vente, chap. 4, art. 1, n. 553. Traité des obligat., par. 3, chap. 2, art. 2, 3, 4, n. 601.

le obbligazioni accessorie: « in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ, pignora; » così nella delegazione le ipoteche ed i privilegi che formavano la garanzia dei due debiti rimasti estinti, cioè del delegante verso il creditore, e del delegato verso il delegante, si sciolgono interamente e perdono ogni forza. La L. 18, D. *De novat. et delegat.*, la quale parla in genere degli effetti che nascono dalla novazione, conferma questa verità: « Novatione legitime facta liberantur hypothecæ et pignus. » In vista degli effetti gravissimi che trae seco la novazione, la quale estingue interamente il primo debito e tutte le obbligazioni accessorie, Giustiniano ordinò saggiamente colla L. 8, C. *De novat. et deleg.*, che la novazione non potesse mai dedursi dalla qualità degli atti, ma unicamente dalla volontà delle parti chiaramente manifestata: « Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris Juris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit,.... vel aliquid fecerit, ex quo veteris Juris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non *lege* novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione causa procedat. »

Attenendosi il Codice Napoleone a questa massima prescrive nell' articolo 1275 che la delegazione non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatta la delegazione. Ond'è che secondo il Codice Napoleone la delegazione può essere completa e perfetta, o incompleta ed imperfetta. La delegazione è completa e perfetta, quando produce novazione, cioè quando il creditore espressamente dichiara la sua volontà di liberare il debitore che ha fatta la delegazione. È incompleta ed imperfetta quando il creditore che accetta la delegazione non dichiara espressamente la volontà di liberare il delegante. Quando la delegazione è perfetta e completa è essenzialmente diversa dalla accollazione per le ragioni già dette. Ma la delegazione imperfetta ed incompleta, come quella che non produce novazione, negli effetti non differisce dalla accollazione. Nel caso pertanto di completa e perfetta delegazione accettata dal creditore colla espressa dichiara-

zione di liberare il debitore delegante, rimanendo estinti tanto il debito che il delegante teneva col creditore che accettò la delegazione, quanto quello che il debitore delegato avea col delegante, restano sciolti altresì i privilegi e le ipoteche all'uno e all'altro rispettivamente inerenti, e al creditore che accettò la delegazione la sola azione personale compete contro il nuovo debitore delegato. Suppongasi che Tizio sia creditore verso Sempronio di lire mille per residuo prezzo del fondo A al medesimo venduto, e che Sempronio vendendo lo stesso fondo A a Cajo assegni lo stesso Cajo in debitore di Tizio mediante una completa e perfetta delegazione accettata da Tizio colla espressa dichiarazione di liberare Sempronio. È chiaro che rimanendo estinti in forza della fatta delegazione il credito di Tizio verso Sempronio ed il credito di Sempronio verso Cajo secondo compratore, restano pure spenti i rispettivi privilegi, ossia quello che Tizio avea sul fondo A a carico di Sempronio, e quello che sullo stesso fondo vantar potea Sempronio a carico di Cajo; e Tizio, che accettò la delegazione colla espressa dichiarazione di liberare Sempronio da creditore privilegiato di Sempronio diviene creditore chirografario del nuovo debitore Cajo, perchè « delegatione personæ rite facta, » come dice la L. 2, C. *De novat. et deleg.*, « jure novationis vetustior contractus evanuit. » La disposizione adunque dell'articolo 2112 non può essere applicabile al creditore che accettando la delegazione dichiara di liberare il suo primitivo debitore, perchè nello stesso creditore non si trasfondono già i diritti e le azioni del delegante verso il debitore delegato, ma si contrae tra il creditore e il debitore delegato un vincolo tutto nuovo in luogo e vece delle primitive obbligazioni che rimangono estinte (1).

Non è però vietato al creditore che accetta la delegazione il conservare a garanzia della nuova obbligazione assunta dal debitore delegato i diritti d'ipoteca ed i privilegi che gli competevano a garanzia del primo credito già tenuto col delegante, purchè all'atto dell'accettata delegazione ne sia fatta una espressa riserva. Il Gius Romano accorda a riserve di simil genere una pienissima efficacia, come risulta dalla L. 4, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, la quale contempla il caso dell'assenso prestato dal creditore alla vendita del pegno sotto la riserva che debba restar

(1) Pothier, Traité du contrat de vente, chap. 4, art. 1, n. 553. Troplong, art. 2112, n. 346.

fermo il diritto del pegno: « Si in venditione pignoris consenserit creditor, dicendum erit, pignus liberari, nisi *salva causa pignoris sui* consensit vel venditioni, vel ceteris; nam solent multi *salva causa pignoris sui* consentire. » Ma non è mestieri ricorrere alla legge ora citata, dalla quale solo per induzione e per analogia può dedursi la efficacia della detta riserva fatta dal creditore che accetta la delegazione liberando il debitor delegante. La L. 12, § 5, D. *Qui pot. in pign.*, accorda espressamente al creditore, che fa novazione del suo credito, il diritto di conservare le primitive ipoteche a garanzia della nuova obbligazione sostituita all'antica. Citerò le parole, onde il Brunemanno spiega la detta legge: « Si duo creditores successive eandem rem pignori acceperint, et prior novavit, *sed repetiit suum pignus,* tunc novatione non perimitur pignus, et sic in locum suum successit creditor prior, dum prioritatem suam retinet. » Dipendendo la novazione dalla volontà del creditore, quando questi ne limita gli effetti con una espressa riserva o condizione, questa deve essere rispettata, e il pegno rimaner fermo. Conformemente a questi principj stabilisce l'articolo 1278 del Codice Napoleone, che i privilegi e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatta espressa riserva. Tizio vende a Sempronio il fondo A per lo prezzo di lire mille rimanendo creditore del prezzo. Sempronio vende lo stesso fondo A a Mario per lo stesso prezzo, delegandone il pagamento a favore del primo venditore Tizio, che accetta la delegazione liberando Sempronio. Se nell'atto che Tizio accetta la delegazione riconoscendo in suo debitore Mario e liberando Sempronio, fa espressa riserva di voler tenere vivo e conservare il privilegio che gli compete sul fondo A da lui venduto a Sempronio e da Sempronio venduto poscia a Mario, Sempronio rimane liberato, perchè è avvenuta una delegazione con novazione, e al primo debitore Sempronio ha Tizio volontariamente sostituito un nuovo debitore, cioè Mario; ma, in forza della riserva fatta da Tizio nell'atto stesso della accettazione della delegazione, lo stesso Tizio comecchè divenuto creditore di Mario conserva il primitivo privilegio sul fondo A (1). La detta riserva permessa dalla legge fa sì che la delegazione, ossia la novazione che ne deriva, scioglie semplicemente la obbligazione personale da cui era stretto il primo de-

(1) Troplong, art. 2112, n. 347.

bitore, lasciando intatti a garanzia del secondo debito sostituito al primo i vincoli reali ond'erano gravati i beni del liberato debitore.

Vuolsi però avvertire, che se la riserva, di cui ora si è detto, può aver forza di conservare in vita a garanzia del creditore, che accettò la delegazione, i privilegi od ipoteche che prima gli competevano sui fondi gravati, nessuna riserva o stipulazione potrà mai avere efficacia di trasportare il privilegio o l'ipoteca su altri fondi. Se Tizio è creditore di Sempronio per residuo prezzo del fondo A a lui venduto, potrà senza alcuna difficoltà conservare con una espressa riserva il privilegio che gli compete sul detto fondo A, qualora Sempronio venda lo stesso fondo A a Mario con delegazione del prezzo a favore di esso Tizio. Ma se Sempronio venderà a Mario non già il fondo A gravato del privilegio a favore di Tizio, ma un altro fondo B, sul quale non ha Tizio alcun privilegio, allora nessuna riserva fatta da Tizio nell'atto di accettare Mario per suo debitore in luogo di Sempronio potrà aver forza di trasportare sul fondo B il privilegio che Tizio avea sul fondo A. Altro è conservare e mantener vivi i diritti che già competono, altro distruggere i diritti primitivi e a questi sostituire diritti nuovi. Con una riserva si possono conservare in vita dal creditore che accetta la delegazione i diritti reali che sui fondi gravati gli spettano, a garanzia del nuovo credito sostituito all'antico; ma non trasportare gli stessi diritti reali dai fondi gravati ad altri fondi non prima colpiti, perchè con una semplice riserva non si possono creare diritti che prima non competevano (1). Stabilisce per ciò l'articolo 1279 del Codice Napoleone, che quando la novazione si effettua per la sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non possono ritenersi trasferite sui beni del nuovo debitore.

494. Abbiamo brevemente accennati gli effetti della cessione, della accollazione, e della delegazione, e dalle cose dette risulta chiaramente che la disposizione dell'articolo 2112 è applicabile al solo contratto di cessione, onde il cessionario subentra in tutte le azioni personali e reali del cedente. Nella accollazione non ha luogo alcuna cessione di ragioni, e il creditore in favor del quale l'accollazione fu fatta non può esercitare le ragioni dell'accollante che colla veste e colla qualità di mandatario. Im-

(1) Troplong, art. 2112, n. 348.

perocchè in realtà, sebbene l'accollante non si spogli del suo credito verso l'accollatario, costituisce però il creditore, in favor del quale vien fatta l'accollazione, in suo mandatario per esigere efficacemente dall'accollatario il pagamento della somma accollata. Finalmente la delegazione, lungi dal dar diritto al creditore di esercitare le azioni del debitore delegante, importa anzi la estinzione delle primitive azioni, e viene annoverata tra i modi onde si spengono le obbligazioni, per cui il creditore che l'accetta si ritiene dalla L. 187, D. *De verbor. signif.*, per soddisfatto del suo credito: « Verbum *exactæ pecuniæ* non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem. »

La generale disposizione dell'articolo 2112 comprende ed abbraccia qualunque credito privilegiato, qualunque sia la natura del privilegio, e però qualunque cessionario di un credito privilegiato, o sia il privilegio costituito sopra beni mobili o sopra beni immobili, potrà esercitare le ragioni ed i diritti del cedente in suo luogo e vece. Ma siccome i privilegi sugli immobili, a differenza dei privilegi sui mobili, sono sottoposti alla formalità della iscrizione, domandano gl'Interpreti, se il cessionario sia tenuto a notificare ai terzi sui registri ipotecarj il suo contratto di cessione. A questa domanda è facile la risposta. Se il credito ceduto fu iscritto dal cedente, il cessionario non ha bisogno di fare alcuna iscrizione, e profitta di quella che già fu accesa. Imperocchè lo scopo della iscrizione è di notificare ai terzi i privilegi e le ipoteche onde sono gravati gl'immobili, e all'interesse dei terzi nulla rileva che il privilegio o l'ipoteca siano esercitati dallo stesso creditore o da un suo mandatario o da un suo cessionario (1). Il cessionario non ha altro obbligo che di denunziare al debitore le seguita cessione, obbligo del resto dal quale è anche dispensato dall'articolo 1690 nel caso che il debitore abbia accettata la cessione con un atto autentico. Che se il credito ceduto non era stato iscritto dal cedente, in tal caso il cessionario, nel quale si sono trasfusi i diritti e gli obblighi del creditore, e potrà e dovrà fare la iscrizione all'appoggio del titolo dal quale risulta il credito ceduto. Nè in questo caso è tenuto il cessionario ad esibire al Conservatore delle Ipoteche il contratto, da cui risulta la cessione, per la ragione già detta, che cioè lo scopo

(1) Annali di Giurisp. Tosc., anno 1840, pag. 283, par. 2, dec. 23 marzo 1840, della Corte Regia di Firenze.

voluto dalla legge col sistema della pubblicità rimane pienamente adempiuto colla semplice iscrizione del credito privilegiato od ipotecario, o si faccia questa iscrizione dallo stesso creditore o dal suo cessionario che ne fa le veci (1). E a ragione il Troplong (2) contraddice al Grenier, il quale sostiene che il cessionario non può fare la iscrizione del credito ceduto non inscritto dal cedente a meno che la cessione non risulti da atto autentico. Come la vendita delle cose corporali, così anche la cessione dei crediti si può fare o per atto autentico o per iscrittura privata, e chi è validamente divenuto cessionario di un credito privilegiato od ipotecario non può non avere il diritto di fare la iscrizione che avrebbe potuto e dovuto fare il cedente, non avendo questa altro scopo che di far conoscere ai terzi il privilegio o l' ipoteca inerente al ceduto credito.

495. L' articolo 1690 dispone che il cessionario non ha diritto verso i terzi, che dopo fatta la denunzia al debitore della seguita cessione. Si è pertanto fatta la questione, se il cessionario può iscrivere in suo nome il ceduto credito prima di aver fatta al debitore la denunzia prescritta dal detto articolo 1690. A me pare che questo punto non possa essere soggetto di una seria questione, sebbene in Francia abbia dato luogo a diverse Decisioni. E in vero la denunzia al debitore, di cui parla il detto articolo 1690, è forse necessaria a rendere perfetta e valida la cessione? No. La cessione è tale contratto che si compie e perfeziona tra il cedente ed il cessionario senza alcun riguardo al debitore, ed anzi dice la L. 3, C. *De hered. vel act. vend.*, che la cessione di un credito qualunque si fa anche malgrado la contraria volontà del debitore: « Nominis venditio *et ignorante vel invito eo*, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. » La detta denunzia è voluta nell' interesse del cessionario, affinchè il debitore avvisato dell' avvenuta cessione non paghi il suo debito nelle mani del cedente. Infatti dispone l' articolo 1691 che se, prima che il cedente o il cessionario denunziasse al debitore la cessione, questi avesse pagato al cedente; sarà esso validamente liberato. Questa disposizione spiega chiaramente lo scopo della denunzia, e gli effetti al cessionario funesti che dalla omissione

(1) Annali di Giurisp. Tosc., anno 1844, pag. 167, par. 2, dec. 24 febbraio 1844, della Corte Regia di Firenze.

(2) Art. 2112, n. 364.

della medesima possono derivare. Al contrario la iscrizione, onde si fa conoscere ai terzi la esistenza del credito ceduto, è un puro atto di conservazione del diritto di privilegio o di ipoteca inerente al credito medesimo; e come il cessionario non ha bisogno di fare la iscrizione del credito quando questa fu accesa dal cedente, così potrà iscrivere il credito non iscritto dal cedente, sì prima come dopo la denunzia fatta al debitore del contratto di cessione. Che importa ai terzi, i quali contrattano col debitore ceduto, e per l'interesse dei quali la iscrizione è prescritta, che questa si faccia dal cedente o dal cessionario, prima o dopo la denunzia fatta al debitore del contratto di cessione? E se i terzi non hanno alcun interesse e quindi nessun diritto di chiamar nulla la iscrizione presa dal cessionario prima della denunzia al debitore del contratto di cessione, essendo una tale denunzia ordinata per un fine che non li riguarda, è forza il giudicare che anche prima della detta denunzia potrà efficacemente il cessionario fare la iscrizione del credito che gli fu ceduto (1).

496. Il Troplong fa il dubbio, se il creditore in favor del quale fu fatta una accollazione senza l'intervento e l'accettazione di lui possa iscrivere il privilegio inerente al credito accollato invece dell'accollante che non accese l'iscrizione; e risponde che siccome l'accollazione, che è una semplice indicazione di pagamento, non importa cessione, e nel creditore non si trasfondono i diritti dell'accollante che rimane sempre il proprietario del credito tenuto contro l'accollatario, così la iscrizione accesa dal creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, deve aversi per nulla come quella che fu presa *a non domino* (2). Sebbene citi il Troplong una Decisione della Corte di Cassazione del 22 febbraio 1810, io non posso soscrivermi alla sua opinione. È verissimo che l'accollazione non è una cessione, e che l'accollante riman sempre il proprietario del credito accollato; ma è vero altresì che l'accollatario può validamente pagare in mano del creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione, e che questi se non può agire contro l'accollatario nella qualità di cessionario, può esercitare le ragioni ed azioni dell'accollante come suo legittimo mandatario. Ciò ammette lo stesso Troplong (3), il quale

(1) Troplong, art. 2112, n. 365.
(2) Art. 2112, n. 368.
(3) Art. 2112, n. 344.

dice che se la indicazione di pagamento non contiene una vera cessione, contiene almeno un mandato: « l'indication de paiement ne contient pas d'aliénation véritable: elle ne contient qu'un mandat. » E se il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, è un mandatario dell'accollante, perchè non potrà con tale qualità iscrivere il credito che fu il soggetto della accollazione? La Decisione della Corte di Cassazione, a cui si appoggia il Troplong, nega un tale diritto al creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione per la ragione che l'accollazione o indicazione di pagamento *ne forme pas un titre de créance au profit de cette personne, tant qu'elle n'a pas été acceptée par elle.* Sia pur vero ciò; ma il mandato che nasce dalla accollazione o indicazione di pagamento è un titolo più che sufficiente per autorizzare il creditore ad accendere la iscrizione contro l'accollatario del privilegio o della ipoteca onde è garantito il credito accollato.

497. Il Troplong fa un altro dubbio (1), cioè se il creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione possa giovarsi e valersi contra l'accollatario della iscrizione accesa dall'accollante. Supponiamo il seguente caso. Tizio vende a Sempronio il fondo A, e in conto di prezzo gli accolla il pagamento di un debito che esso Tizio tiene con Cajo. Cajo potrà valersi contro Sempronio della iscrizione del privilegio spettante all'accollante Tizio accesa *ex officio* o dallo stesso Tizio? Il Troplong per risolvere questo dubbio fa la seguente distinzione. O Cajo vuole giovarsi della iscrizione già accesa del privilegio spettante a Tizio sul fondo a Sempronio venduto in concorso e contro i creditori di Sempronio compratore, e in questo caso secondo il Troplong ne ha tutto il diritto, perchè Cajo in forza dell'accollazione è il mandatario di Tizio venditore, e ha perciò diritto di esercitarne le ragioni. O Cajo vuole giovarsi di detta iscrizione per essere preferito agli altri creditori dell'accollante Tizio, e allora il Troplong gli nega il diritto di valersene, e dà la seguente ragione: « car entre créanciers qui représentent le débiteur dans un droit qu'il n'a pas aliéné, la préférence ne se règle que par les droits personnels à chacun de ses créanciers; le droit de leur auteur ne peut servir à quelques uns au préjudice des autres. » Il Troplong

(1) Art. 2112, n. 369.

cita distesamente parecchie Decisioni per giustificare la sua distinzione.

A me sembra che una tale distinzione sia intempestiva. Imperocchè quando si dimanda, se il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, può giovarsi della iscrizione dell'accollante, è chiaro che questa dimanda non può riferirsi che all'uso dell'iscrizione in luogo e vece dell'accollante, ossia non può riferirsi che a quell'esercizio del diritto di privilegio o di ipoteca assicurato dalla iscrizione, che ne avrebbe potuto fare lo stesso accollante contro gli altri creditori del suo debitore, ossia dell'accollatario, per essere preferito ai medesimi. Io sono perfettamente d'accordo col Troplong allorchè dice che il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, può giovarsi della iscrizione accesa dall'accollante per esercitarne le ragioni come suo mandatario contro gli altri creditori dell'accollatario. Ma quando si considera il creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione in concorso cogli altri creditori dell'accollante, come p. e. nel caso supposto, se Cajo si considera in concorso non già dei creditori dell'accollatario Sempronio, ma invece dei creditori dell'accollante Tizio, allora non è più questione, se Cajo possa giovarsi della iscrizione del privilegio di Tizio per ottenere con questa un grado di preferenza; allora è questione, se in grazia della fatta accollazione Tizio accollante si spogliò del suo credito privilegiato tenuto contro Sempronio per investirne Cajo, o pure se non ostante l'accollazione rimase Tizio padrone come prima dell'accollato credito; allora si tratta di decidere, se l'accollazione importi o no alienazione dell'accollato credito in favore del creditore, ed equivalga al contratto di cessione. Infatti quando l'accollazione fosse vera cessione del credito accollato, in tal caso il creditore, in favor del quale l'accollazione stessa fu fatta, avrebbe un diritto assoluto ed esclusivo sul credito accollato come su sostanza alienata dall'accollante; e quando si tenga che l'accollazione non importa cessione ed alienazione del credito accollato, allora il creditore, in favor del quale fu fatta, in concorso degli altri creditori dell'accollante ha diritto di valersi dell'iscrizione dell'accollante e di esercitarne le ragioni colle regole e norme, onde i creditori esercitano i loro diritti sui crediti attivi del comun debitore, i quali si assegnano e si distribuiscono come qualunque altra sostanza corporale ai

creditori. Altra cosa è, come già si disse, l'accollazione semplice, altra la cessione. L'accollazione semplice non spoglia l'accollante, e non trasfonde, come la cessione, nel creditore, in favor del quale l'accollazione stessa fu fatta, le ragioni del credito, che riman sempre una proprietà dell'accollante. E così quando si apra un giudizio a carico dell'accollatario, hanno diritto sul credito dell'accollante tanto il creditore in favor del quale fu fatta l'accollazione, quanto gli altri creditori dell'accollante, per la ragione appunto che il credito dell'accollante verso l'accollatario è una proprietà dell'accollante divisibile fra i suoi creditori. Sebbene dunque sia vero ciò che dice il Troplong, che cioè il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, non può valersi dell'iscrizione dell'accollante in pregiudizio degli altri creditori dello stesso accollante, è vero altresì che il secondo membro della sua distinzione, onde risponde al quesito accennato, è estraneo al quesito stesso, dipendendo la soluzione del detto secondo membro della distinzione del Troplong da tutt'altro principio che da quello onde compete al creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, il diritto di valersi della iscrizione dell'accollante. Del resto tengo anch'io col Troplong, che il creditore, in favor del quale fu fatta l'accollazione, ha tutto il diritto come mandatario dell'accollante di valersi della iscrizione di lui per godere dello stesso grado di preferenza in concorso degli altri creditori del debitore accollatario.

498. L'articolo 2112 contempla i cessionarj dei crediti privilegiati, ai quali accorda il diritto di esercitare le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato. Ma siccome dalla cessione non sono molto diversi gli effetti che nascono dalla surroga o subingresso nelle ragioni di un creditore, così anche di questa surroga o subingresso accade far qualche cenno.

La cessione ha luogo quando il creditore aliena a titolo gratuito od oneroso il proprio credito. Avviene il subingresso quando un terzo che paga un debito altrui viene surrogato nelle ragioni del soddisfatto creditore. Il Gius Romano accorda in molti casi un tale subingresso a chi paga con denari proprj un debito altrui, e le massime stabilite dal Codice Napoleone negli articoli 1249, 1250 e 1251, che trattano *del pagamento con subingresso,* sono in gran parte tratte dai principj della Romana Giurisprudenza. Secondo il Gius Romano il subingresso è convenzio-

nale o legale, e a questa distinzione si è pure attenuto il Codice Napoleone.

499. E per cominciare dal subingresso convenzionale, è certo che per Gius Romano un terzo qualunque, come risulta dalla L. 53, D. *De solut. et lib.*, può validamente pagare il debito altrui: « Solvere pro ignorante et invito cuique licet, quum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere. » È certo altresì che il creditore che riceve il pagamento da un terzo può surrogarlo nelle sue ragioni sì veramente che la surroga sia fatta nel momento stesso del pagamento. Tratta di questa surroga accordata dal creditore indipendentemente dalla volontà del debitore la L. 76, D. *De solut. et liberat.*, la quale indica la condizione, da cui ne dipende la efficacia: « Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, quum nulla actio superfuerit; quod si ante solutionem hoc factum est, vel quum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones; quum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quæ fuit peremta videatur. » Le espressioni — *quum convenisset, ut mandarentur actiones* — accennano appunto alla surroga convenzionale fatta dal creditore nell'atto di ricevere il pagamento. Se il creditore che riceve il pagamento da un terzo, non cede volontariamente le proprie ragioni, nè ha luogo una surroga legale a favore del terzo, nè questi, come risulta dalla L. 5, C. *De solut. et lib.*, ha diritto di costringere il creditore a cedergli le proprie ragioni: « Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo quod debitam ei quantitatem offerens jus obligationis in te transferri desideras, quum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio. » Il terzo, che paga il debito altrui, non può, come avverte il Brunemanno nel commento alla legge ora citata, reclamare il benefizio *cedendarum actionum* accordato ai fidejussori, perchè questi pagano costretti da necessità, laddove il terzo paga volontariamente il debito altrui, e non può quindi aver diritto di subentrare nelle ragioni del creditore dimesso, se questi all'atto del pagamento non gliene fa una espressa cessione. Il diritto di offrire concesso dal Gius Romano al creditore ipotecario posteriore,

che viene surrogato nei diritti del creditore ipotecario anteriore, non compete all'estraneo che paga il debito altrui, il quale non può pretendere perciò il subingresso nelle ragioni del creditore dimesso se non mediante una espressa e spontanea cessione di ragioni fattagli dallo stesso creditore (1). Colla quale cessione di ragioni il terzo che paga il debito altrui acquista il diritto di esercitare le azioni che competevano al creditore dimesso, perchè sebbene questi sia soddisfatto del suo credito, in forza del convenuto patto della cessione delle ragioni riceve il pagamento, come dice la citata L. 76, D. *De solut.*, non come la soddisfazione di ciò che gli è dovuto, ma più presto come il prezzo della convenuta cessione: « *pretium magis mandatarum actionum solutum.* » Il Codice Napoleone attenendosi alla detta massima generale stabilita colla citata L. 76, D. *De solut. et lib.*, dispone nell'articolo 1250 n° 1° che quando il creditore ricevendo il suo pagamento da una terza persona la surroga nei suoi diritti, azioni, privilegi od ipoteche contro il debitore, questa surrogazione deve essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento. O si tratti dunque di credito ipotecario o di credito privilegiato, affinchè il terzo estraneo che paga il creditore ottenga la surroga nelle ragioni di lui, è mestieri secondo la disposizione del citato articolo 1250 n° 1° che si verifichi la condizione voluta dalla citata L. 76, D. *De solut. et lib.*, ossia che la surroga sia espressa ed accordata dallo stesso creditore contemporaneamente al fattogli pagamento. È questa la prima maniera di surroga convenzionale, la quale negli effetti non differisce dal contratto di cessione o di alienazione di un credito, perchè nell'un caso e nell'altro per fatto del creditore indipendentemente dalla volontà del debitore un terzo subentra nelle ragioni del creditore medesimo. Se non che nel contratto di cessione la surroga o subingresso del cessionario nei privilegi ed ipoteche del cedente è una conseguenza dello stesso contratto di cessione giusta l'articolo 1692, secondo il quale la vendita o la cessione di un credito comprende gli accessorj del credito stesso; laddove nella dimissione di un creditore fatta da un terzo estraneo la surroga nei privilegi ed ipoteche del creditore non è una conseguenza della

(1) Brunnemannus ad L. 1, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.*, et ad L. 5, C. *De solut.*

fatta dimissione, ma deve essere dal creditore espressamente accordata.

500. Le Leggi Romane non accordano solamente ai creditori la facoltà di surrogare nelle proprie ragioni il terzo da cui sono soddisfatti. La L. 3, D. *Quæ res pign. vel hyp. datæ obl. non pos.*, concede lo stesso diritto al debitore, il quale prende a mutuo una somma da impiegarsi nel pagamento di un antecedente debito ipotecario: « Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. » Dalla qual Legge si raccoglie che il patto stipulato dal secondo mutuante col debitore, che i denari della somministrazione debbano servire al pagamento di un antecedente debito ipotecario, *ut antecedens dimitteretur*, non è sufficiente a far sì che il secondo mutuante sia surrogato nelle ragioni del primo creditore, se lo stesso mutuante non aggiunge il patto di subingredire nel pegno dato al primo creditore. Questa condizione è pur voluta dalla L. 1, C. *De his, qui in prior. cred. loc. succed.*, la quale dichiara che il mutuante non ottiene la surroga nelle ragioni del primo creditore ipotecario, se all'atto della somministrazione non conviene di avere in ipoteca la stessa cosa ipotecata a favore del creditore da dimettersi, e di essere surrogato nelle ragioni del medesimo: « Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, *ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat.* » Questa surroga si opera dal debitore senza il bisogno dell'assenso e del concorso del creditore, e produce gli stessi effetti di quella, di cui abbiamo parlato nell'antecedente numero, che avviene per fatto del creditore senza il concorso e l'assenso del debitore. Il Voet perciò dopo avere insegnàto che il diritto di offrire e di venire *de jure* surrogato nelle ragioni del creditore ipotecario anteriore è proprio soltanto del creditore ipotecario posteriore, conclude che l'estraneo ha sempre bisogno della surroga convenzionale, o sia questa stipulata col creditore, o pure collo stesso debitore: « Reliquos quod attinet (cioè gli estranei) offerendo creditori hypothecario id quod ei debitum, in jus ejus non aliter succedunt, quam si conventione *inter offerentem et debitorem* (ecco

la surroga stipulata col debitore, di cui teniamo discorso in questo numero,) vel *offerentem et creditorem* (ecco l'altra surroga stipulata direttamente col creditore, di cui abbiamo parlato nel numero antecedente) interposita, nominatim id actum fuerit, ut in hypothecarii, sua pecunia dimissi, locum subintrent (1). » Alla regola stabilita dalla citata Legge *Aristo,* secondo la quale il mutuante che somministra i denari da impiegarsi nel pagamento di un credito ipotecario deve stipulare espressamente il subingresso nelle ragioni del creditore da dimettersi, fanno le Leggi Romane eccezione nel caso che il creditore, nelle cui ragioni vuol subingredire il mutuante, sia un creditore privilegiato, perchè allora la surroga ha luogo, senza bisogno di essere stipulata, quando i denari della somministrazione erano destinati al pagamento del creditore privilegiato. Parla di questa eccezione il Brunemanno commentando la L. 2, D. *De cessione bon.,* del quale giova riportar le parole, che danno una chiarissima spiegazione di detta Legge: « Qui suo debitori solvit, ut exinde alii creditori privilegiato solvatur, succedit in ipsius jus, licet tantum chirographarius sit, i. e., licet sine constitutione hypothecae ipsi crediderit, v. gr. mutuavit tibi Titius ad praedium tuum reficiendum, hic habet hypothecam et privilegium praelationis reale. Si tibi mutuo dem mille, ut hæc solvas Titio, etiamsi non convenerit, ut praedium tuum, quod Titio obligatum, mihi esset pignori, succedo tamen Titio in ejus jure. » Da queste parole del Brunemanno chiaro risulta che secondo i principj delle Leggi Romane il mutuante che somministra i denari pel pagamento di un debito privilegiato subentra nei diritti del creditore senza bisogno di una espressa stipulazione del subingresso, quando anche il privilegio del creditore da dimettersi coi denari della somministrazione sia un privilegio reale ossia un' ipoteca privilegiata. Trattandosi di un credito privilegiato, nelle ragioni del quale vuol subingredire il secondo mutuante, la L. 24, § ult. D. *De reb. auct. jud. pos.,* già altra volta citata, si contenta che i denari della somministrazione siano stati realmente impiegati nel pagamento del credito privilegiato: « Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. »

Il Codice Napoleone ammette anch'esso la surroga accordata dal debitore senza il concorso della volontà del creditore,

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 34.

ma, quanto alla forma da osservarsi per la efficacia di un tale subingresso, non fa alcuna differenza, o sia il mutuante surrogato nelle ragioni di un creditore ipotecario o in quelle di un creditore privilegiato. La citata L. 24, § ult. D. *De reb. auctor. jud. pos.*, sebbene accordi, come si disse, al mutuante il subingresso nelle ragioni del creditore privilegiato senza il patto speciale di un tale subingresso, vuole però che i denari della somministrazione siano immediatamente versati nelle mani del creditore privilegiato, onde non sia aperto il campo ad alcuna frode in danno degli altri creditori: « Pervenisse autem quemadmodum accipimus, utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios, an vero et si per debitoris personam, hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta creditori privilegiario numerata est? Quod quidem potest benigne dici, si modo *non post aliquod intervallum id factum sit.* » E il Codice Napoleone, onde sia assicurato l'impiego del denaro somministrato in mano del creditore ipotecario o privilegiato, prescrive nell'articolo 1250 n° 2°, che quando il debitore prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore, la scrittura di prestito e la quietanza si facciano avanti notaro; che nella scrittura di prestito si dichiari che la somma fu presa ad imprestito per fare il pagamento, e che nella quietanza pure si dichiari che il pagamento fu fatto con i denari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore.

501. Il subingresso convenzionale, di cui abbiamo dato un breve cenno, è dunque di due specie; l'uno si accorda dal creditore, che ricevendo il suo pagamento da una terza persona la surroga ne' suoi diritti, azioni, privilegi od ipoteche contro il debitore; l'altro si opera senza il concorso della volontà del creditore dallo stesso debitore che prende ad imprestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore.

502. Passiamo a parlare colla stessa brevità del subingresso legale. Abbiamo detto (1) che l'estraneo che paga il debito altrui non ha diritto di succedere nelle ragioni del creditore, a meno che non possa vantare una surroga convenzionale. Diversa per Gius Romano è la condizione del creditore ipotecario poste-

(1) N. 499, pag. 361.

riore, a cui viene accordato il diritto di offrire al creditore ipotecario anteriore, e di venire in conseguenza surrogato *ipso jure* nelle ragioni del medesimo. Molte Leggi del Digesto e del Codice, e fra le altre la L. 22, C. *De pign. et hyp.*, accordano questo diritto d'offrire al creditore posteriore: » Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. » Viene talmente surrogato il creditore ipotecario posteriore nei diritti del creditore anteriore, che il debitore è obbligato di pagare a lui il capitale del debito soddisfatto non che tutti gli interessi, come avrebbe dovuto pagare allo stesso creditore anteriore (1). Questa surroga è tanto indipendente dalla volontà del creditore anteriore, che il medesimo non può rifiutare il pagamento offertogli dal creditore posteriore, e la L. 1, C. *Qui pot. in pign.*, abilita in caso di rifiuto il creditore che ha il diritto d'offrire a fare il deposito della somma da pagarsi: « Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, quum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. » E questo diritto di offrire, che si esercita anche malgrado del creditore ipotecario anteriore, compete al creditore ipotecario posteriore, qualunque sia il creditore anteriore, e perciò la L. 4, C. *De his qui in prior. cred. loc succed.*, dà diritto al creditore posteriore di far uso del diritto d'offrire, quand'anche il creditore anteriore sia la stessa Repubblica: « Si prior Respublica contraxit, fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus Reipublicæ. » Questo diritto di offrire accordato al creditore ipotecario posteriore, se dall'una parte è una necessità, da cui non può sottrarsi il creditore ipotecario anteriore, è dall'altra un rimedio dato in mano al creditore ipotecario posteriore, il quale soltanto coll'esercizio di un tale diritto può impedire che il creditore anteriore faccia la vendita del fondo ipotecato. Imperocchè il creditore ipotecario anteriore ha per Gius Romano il diritto di procedere alla vendita del fondo ipotecato, fatta la quale il creditore ipotecario posteriore non ha alcun diritto, come dice la L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.*, di agire coll'azione ipotecaria contro il com-

(1) Brunnem. ad L. 22, C. *De pign. et hyp.*

pratore: « Si vendidisset qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. » Al contrario il creditore posteriore non ha alcun diritto di vendere il fondo ipotecato se non offrendo al creditore anteriore il pagamento del suo avere. Ciò risulta chiaramente dalla L. 5, pr. D. *De distract. pign.*, la quale attribuisce appunto al secondo creditore il diritto di vendere il fondo ipotecato sì veramente che abbia offerto al primo ciò che gli è dovuto: « Quum secundus creditor, *oblata priori pecunia*, in locum ejus successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. » Dice perciò espressamente la L. 12, § 9, D. *Qui pot. in pign.*, che il creditore secondo non ha altro diritto che di pagare il creditore anteriore e di subentrare nel suo posto e di esercitare i diritti di lui: « Secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat. » E per la stessa ragione che il creditore posteriore non può vendere il fondo ipotecato se non offrendo all'anteriore il pagamento del suo credito, non può in alcuna maniera, come dichiara la L. 3, C. *Si antiq. cred. pign. vend.*, impedire al creditore anteriore l'esercizio del diritto di vendere, se non fatta la detta offerta allo stesso creditore anteriore: « Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest. » L'esercizio dunque del diritto d'offrire accordato dalle Leggi Romane al creditore ipotecario posteriore non è che un mezzo, onde lo stesso creditore acquista il diritto di vendere il fondo ipotecato, e di impedire che la vendita sia fatta dal creditore anteriore (1). Il Diritto Comune derogando allo stretto rigore del Diritto Romano accordò a qualunque creditore ipotecario posteriore la facoltà di procedere alla vendita del fondo ipotecato, e cessò quindi la ragione, per cui era concesso al creditore ipotecario posteriore il diritto di offrire all'anteriore il pagamento del suo avere e di essere surrogato nelle ragioni di lui (2). Anche il Codice Napoleone accorda colla disposizione dell'articolo 2204 a qualunque creditore il diritto di procedere alla spropriazione e quindi alla vendita dei beni immobili e dei loro accessorj riputati immobili appartenenti in proprietà al debitore, e colla disposizione dell'articolo 2169 concede a qualunque creditore ipotecario il

(1) Brunnemannus ad L. 1, C. Si antiq. cred. pign. vend.
(2) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 34, 35.

diritto di far vendere l'immobile ipotecato a carico del terzo possessore, che non si curò di fare il giudizio di purgazione. Non ostante questo diritto concesso a qualunque creditore ipotecario di qualsiasi ordine e grado, il Codice Napoleone coll'articolo 1251 n° 1° accorda, ad imitazione del Diritto Romano, il subingresso legale a vantaggio di colui che essendo egli stesso creditore paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche.

503. Si fa dagli Interpreti del Codice Napoleone il dubbio, se il diritto di surroga legale accordato dal citato articolo 1251 n° 1° competa a qualunque creditore anche chirografario, che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito, o pure sia un diritto esclusivamente attribuito al creditore ipotecario che paga o un creditore privilegiato o un creditore ipotecario di grado anteriore. È certo che per Gius Romano il diritto di offrire e di subentrare nelle ragioni del creditore ipotecario dimesso era attribuito soltanto al creditore ipotecario posteriore, e negato al creditore chirografario come a qualunque estraneo. Tutti gl' Interpreti del Diritto Romano sono d' accordo nell'insegnare che i creditori chirografarj, quanto al diritto d' offrire, non sono meglio favoriti di un estraneo qualunque, e che tanto i creditori chirografarj quanto gli estranei hanno sempre bisogno del subingresso convenzionale per essere surrogati nelle ragioni di un creditore ipotecario (1). Non sono su questo punto egualmente concordi gl' Interpreti del Diritto Francese. Alcuni, e tra questi è il Grenier (2), opinano che anche secondo la disposizione del citato articolo 1251 n° 1° il subingresso legale, accordato al creditore che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche, punto non compete al creditore chirografario, e danno così alla parola *creditore* usata nel detto articolo un senso limitato e ristretto, escludendo dal beneficio del legale subingresso il creditore chirografario. Il Troplong, seguendo l' opinione del Toullier, è di contrario avviso (3), e pensa che le generali espressioni dell' articolo 1251 n° 1° debbano applicarsi

(1) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 34. Brunnemannus ad L. 5, C. *De solut. et lib.*; et ad L. 1, C. *De his qui in prior. cred. loc. succed.*

(2) T. 1, n. 91, p. 179.

(3) Art. 2112, n. 356.

a qualunque creditore anche chirografario, e che perciò anche il creditore chirografario, che con danari proprj paga un altro creditore o privilegiato od ipotecario del comun debitore, debba godere del subingresso legale.

Anch' io sono di quest' avviso, e mi pare che all' opinione del Grenier debba preferirsi quella del Toullier e del Troplong. Tutti i testi del Diritto Romano, che parlano del diritto d' offrire, accordano un tale diritto non già in generale al creditore che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito, ma al *secondo creditore* che vuol subingredire nell' ipoteca del primo. Le espressioni usate dalle Leggi Romane sono le seguenti: *secundus creditor;* o le altre: *qui pignus secundo loco accepit.* Al contrario l' articolo 1251 n° 1° accorda semplicemente e in termini generali il subingresso a chi è *creditore.* Quali sono le condizioni richieste dal detto articolo 1251 n° 1°, onde il subingressó competa? Due: l' una, che chi fa il pagamento sia egli stesso creditore del medesimo comun debitore; l' altra, che chi lo riceve abbia diritto di essere preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche a chi fa il detto pagamento. Quando un creditore chirografario dimette con denari proprj un creditore o privilegiato od ipotecario dello stesso comun debitore, amendue le dette condizioni pienamente si verificano. E di vero, il creditore chirografario non solo ha la qualità e veste di creditore, ma ha diritto sui beni tutti del comun debitore, il quale è tenuto secondo l' articolo 2092 ad adempire alle contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobiliari ed immobiliari. Quale è la differenza che passa tra i creditori chirografarj ed i creditori ipotecarj o privilegiati? I beni del debitore sono giusta l' articolo 2093 la garanzia comune de' suoi creditori, o siano questi chirografarj, o privilegiati od ipotecarj, e qualunque creditore a qualunque classe appartenga può giusta l' articolo 2204 procedere alla spropriazione dei beni immobili appartenenti in proprietà al debitore. La differenza tra i creditori chirografarj ed i creditori ipotecarj o privilegiati, quando si tratta della distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore ricavato dalla vendita, sta in ciò che questi ultimi avendo in loro favore una causa legittima di prelazione, ossia il gius d' ipoteca o di privilegio, hanno diritto di essere preferiti ai chirografarj. Quando

adunque un creditore chirografario paga un creditore ipotecario o privilegiato del comun debitore, paga realmente un creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione del suo privilegio o della sua ipoteca, e però amendue le condizioni si verificano, dalle quali l'articolo 1251 n° 1° fa dipendere il subingresso legale attribuito a colui che essendo egli stesso creditore paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito. Non vale argomentare dalla massima seguita dal Gius Romano, il quale non distingue il creditore chirografario dall'estraneo, negando all'uno ed all'altro il diritto di offrire e di succedere *ipso jure* nelle ragioni del creditore anteriore. Imperocchè il Diritto Romano non per altro accorda al creditore ipotecario posteriore il diritto di offrire e di succedere al creditore ipotecario anteriore se non perchè il creditore posteriore possa vendere il fondo ipotecato (1); laddove il Codice Napoleone accorda a qualunque creditore ed anche ai creditori chirografarj il diritto di procedere alla vendita dei fondi del debitore, non ostante le ipoteche onde i fondi stessi furono gravati a favore di altri creditori. Se il Codice Napoleone mantenne la surroga, accordata dal Diritto Romano, a favore del creditore che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito, si fu perchè in molti casi può essere dell'interesse del creditore che teme il concorso di un altro creditore avente un titolo di prelazione di schivare un tale conflitto, e questo interesse può averlo tanto un creditore ipotecario di grado inferiore, quanto un semplice creditore chirografario. Io tengo dunque col Troplong che il subingresso accordato dall'articolo 1251 n° 1° a favore di colui, che essendo egli stesso creditore paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito, è applicabile tanto al creditore ipotecario che paga un altro creditore ipotecario di grado anteriore od un creditore privilegiato, quanto al creditore chirografario che paga un altro creditore o ipotecario o privilegiato.

504. Si fa dagl'Interpreti del Diritto Francese un'altra questione, cioè se il subingresso legale accordato dall'artic. 1251 n° 1° al creditore che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito competa altresì al creditore anteriore che paga un creditore posteriore. Non mancano i sostenitori di questa

(1) Brunnemannus ad L. 1, C. *Qui pot. in pign.*

opinione, ed è tra questi il Toullier (1); ma io tengo che giustamente il Troplong (2) la contraddica siccome erronea e contraria al voto della legge. E infatti il Diritto Romano, come risulta da tutti i testi che parlano del gius di offrire, accordano esclusivamente un tale diritto al creditore ipotecario posteriore che paga l'anteriore, e non viceversa. E l'articolo 1251 n° 1° con parole troppo chiare e non equivoche attribuisce il legale subingresso al creditore che paga un altro creditore che *ha diritto di essergli preferito* in ragione de' suoi privilegi od ipoteche. Non si può dunque estendere il diritto, di cui è discorso, al creditore che paga un altro creditore di grado inferiore, a meno che non si voglia capricciosamente allargare la disposizione della legge oltre i confini voluti dal legislatore.

505. Esaminiamo ora il secondo titolo, pel quale l'art. 1251 n° 2° concede il subingresso legale. Le Leggi Romane accordano il diritto d'offrire non solo al secondo creditore ipotecario, ma altresì al terzo possessore, il quale offrendo il pagamento al creditore avente ipoteca sul fondo può liberarsi dalle conseguenze dell'azione ipotecaria e pretendere la cessione delle ragioni. La L. 19, D. *Qui potior. in pign.*, accorda espressamente e chiaramente questo diritto al terzo possessore. « Mulier in dotem dedit marito prædium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos item ex alio heredes instituit; creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit; quæro, *an si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere?* Respondi, posse videri non injustum postulare (3). » Questo diritto d'offrire è accordato anzi dalla L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, a qualsiasi possessore giusto o ingiusto, non essendo utile al creditore, a cui è fatta l'offerta, di sindacare i titoli del possessore che gli offre il pagamento del suo avere: « Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si *qualiscumque possessor* offerre vellet; neque enim debet quæri de jure possessoris, quum jus petitoris removeatur soluto pignore. » Ma sebbene la detta L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, accordi anche all'ingiusto possessore il diritto d'offrire al creditore ipo-

(1) Chap. 4, n. 14.
(2) Art. 2112, n. 357.
(3) Vedi il Brunemanno nel Commento alla detta Legge.

tecario il pagamento del suo credito, avverte però il Brunemanno (1) che l'ingiusto possessore non ha il diritto di pretendere la cessione delle ragioni: « In hoc § dicitur, quod qualiscumque possessor rei alii obligatæ, conventus a creditore, possit illum, offerendo debitum, ab actione hypothecaria repellere..... Sed licet hæc ita se habeant, tamen creditor injusto possessori non tenetur cedere jura sua. » Il Brunemanno fa questa avvertenza appoggiato alla L. 19, D. *Qui pot. in pign.*, qui sopra citata, la quale costringe il creditore alla cessione delle ragioni, *si ei justus possessor offerat.* Confrontando pertanto il Brunemanno (2) la detta L. 19, D. *Qui pot. in pign.*, coll'altra L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, conclude che la prima tratta della surroga nel pegno accordata al possessore, l'altra della semplice liberazione del pegno: « Sed hæc lex (cioè la L. 19, D. *Qui pot.*) de successione in pignore; d. L. 12, de nuda liberatione potest intelligi. » Adunque quando il debitore vende un suo fondo, e il compratore viene molestato con azione ipotecaria da un qualche creditore, secondo i principj delle Leggi Romane l'attore deve desistere dalla sua azione e cedere le sue azioni al reo convenuto, quando questi gli offra il pagamento del suo credito.

E qui giova il notare che non ha bisogno di ricorrere al diritto d'offrire il compratore molestato con azione ipotecaria da un creditore ipotecario posteriore, quando la vendita fu fatta a lui non già dal debitore, ma dal primo creditore ipotecario, che ha venduto il fondo ipotecato *jure creditoris* (3). Imperocchè la vendita fatta dal primo creditore ipotecario, come risulta chiaramente dalla L. 6, C. *Qui pot. in pign.*, estingue le ipoteche spettanti ai creditori posteriori, i quali perciò perdono il diritto di intentare l'azione ipotecaria contro il compratore: « Si generaliter bona sint obligata, et postea res alii specialiter pignori dentur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor qui ante contraxit, si ab illo tu comparasti, non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari (4). » La L. 1, C. *si antiq.*

(1) Ad L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*
(2) Ad L. 19, D. *Qui pot. in pign.*
(3) Voet, lib. 20, tit. 5, n. 10.
(4) Vedi il Brunemanno nel Commento alla L. 7, C. *De obligat. et act.*, e alla L. 3, D. *De distract. pign.*

cred. pign. vend., stabilisce la stessa massima, che cioè il creditore ipotecario posteriore perde il diritto di agire con azione reale ipotecaria contro il compratore, al quale il fondo ipotecato fu venduto dal primo creditore ipotecario: « Si vendidisset qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. » Sono assai diversi secondo i principj delle Leggi Romane gli effetti della vendita del fondo ipotecato secondo che questa è fatta dal debitore o dal primo creditore ipotecario. Nel primo caso i creditori ipotecarj conservano il diritto di agire contro il compratore, il quale, come si disse, può invocare il benefizio di offrire e pretendere la cessione delle ragioni; laddove nel secondo caso i creditori ipotecarj posteriori perdono il diritto di molestare coll'azione ipotecaria il compratore. Ciò è sì vero, che la L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.,* conserva il diritto ai creditori ipotecarj posteriori di agire coll'azione ipotecaria contro il compratore, quand'anche il debitore abbia fatta la vendita del fondo ipotecato allo stesso primo creditore a cui le leggi concedono la facoltà di vendere: « Quum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. » Il primo creditore ipotecario può vendere certamente il fondo ipotecato e trasferirne in altri il dominio; ma quando il debitore ne fa esso stesso la vendita, lo trasferisce necessariamente *cum sua causa,* come osserva il Brunemanno (1), ossia coll'onere dei diritti reali onde il medesimo è gravato, qualunque ne sia l'acquirente, o un estraneo o lo stesso primo creditore ipotecario. Ma sebbene i creditori ipotecarj posteriori possano agire contro il primo creditore ipotecario, a cui dal debitore fu venduto il fondo ipotecato, la citata L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.,* non ammette l'esercizio della loro azione ipotecaria se non offrono allo stesso primo creditore divenuto acquirente il pagamento di ciò che eragli dovuto pel suo credito: « Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. » O dunque la vendita del fondo ipotecato è fatta dal debitore ad un estraneo, e allora il compratore molestato con azione reale dai creditori ipotecarj ha il diritto di offrire e di pretendere la cessione delle

(1) Ad L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.*

ragioni. O è fatta dal debitore al primo creditore ipotecario, e allora anche questo primo creditore ipotecario divenuto acquirente può essere efficacemente convenuto con azione ipotecaria dagli altri creditori a lui posteriori, ma questi sono tenuti ad offrirgli il pagamento di ciò che eragli pel suo credito dovuto (1).

Se la vendita del fondo ipotecato è fatta, come si disse, dal creditore primo, il quale procedè al contratto di alienazione *jure creditoris,* i creditori ipotecarj posteriori perdono il diritto di muovere l' azione ipotecaria, e nè pure hanno, come dichiara la L. 3, D. *De distrac. pign.,* il diritto di offrire: « Quum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit (2). » Ma sebbene il creditore che vende *jure creditoris* il fondo ipotecato ne trasferisca il dominio, non è per questo surrogato *ipso jure* il compratore nelle ragioni ed azioni del creditore alienante. Per ciò la L. 13, D. *De distrac. pign.,* dichiara che il creditore, il quale vende il pegno, deve anche cedere al compratore le proprie ragioni: « Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet. » Se la vendita è fatta dal debitore, i creditori ipotecarj conservano al contrario il diritto di muovere l' azione ipotecaria, ma allora la legge accorda al compratore il diritto di offrire e pretendere la cessione delle ragioni.

Ma se il compratore, che comprò il fondo dal debitore, impiegò il prezzo del suo acquisto nel dimettere i creditori anteriori aventi ipoteca sul fondo, in tal caso per liberarsi dagli effetti dell' azione ipotecaria mossagli contro da un creditore posteriore, potrà senza bisogno di far uso del diritto di offrire giovarsi di alcun rimedio? È d' uopo fare una distinzione. Se il compratore comprò il fondo col patto che il prezzo dovesse impiegarsi nel pagamento dei creditori ipotecarj anteriori, allora la L. 3, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.,* gli accorda espressamente la surroga nelle ragioni dei creditori anteriori dimessi col prezzo, indipendentemente dall' assenso degli stessi creditori: « Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, *ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum suc-*

(1) Brunnemannus ad L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.*

(2) Vedi il Brunemanno nel Commento alla detta L. 3.

cessisti, et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes. » Da questa Legge chiaramente risulta che il compratore non solo è surrogato nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo della vendita quando gli fu fatta dagli stessi creditori la cessione delle ragioni, cessione che egli, come si è detto, può pretendere con diritto facendo uso del gius d'offrire; ma gode altresì di questa surroga senza bisogno della cessione delle ragioni, quando il prezzo della vendita fu in grazia di un patto stipulato tra il venditore ed il compratore impiegato nel pagamento dei creditori ipotecarj. È però grave disputa tra i Dottori, se basti, onde la surroga abbia luogo, il patto semplice che col prezzo della vendita debbano essere soddisfatti i creditori anteriori, o pure se debba il compratore che stipula il detto patto col venditore espressamente dichiarare e convenire di voler anche subingredire nelle ragioni dei creditori da dimettersi. Tratta diffusamente di questa questione il De-Olea (1), e lungo troppo sarebbe il dire le ragioni che dai sostenitori dell'una e dell'altra opinione vengono messe in campo. Ma a dire il vero io non so come si possa di questo punto formar soggetto di questione, mentre il chiaro testo della citata L. 3, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.,* la quale accorda la surroga, non altro esige se non che la vendita sia fatta *ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores.* Se la legge da cui emana la surroga si contenta che la vendita sia fatta col patto semplice che il prezzo debba servire al pagamento dei creditori ipotecarj anteriori, come si potrà sostenere che oltre il detto patto, *ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores,* debba altresì il compratore pattuire di essere surrogato nelle ragioni dei creditori da dimettersi? Io per me credo, sebbene molti Interpreti e Trattatisti pensino diversamente, che quando la vendita fu fatta col patto che il prezzo dovesse impiegarsi nel pagamento dei creditori ipotecarj, il compratore rimanga *ipso jure* surrogato in forza della citata L. 3, C., nelle ragioni dei creditori dimessi col detto prezzo. Ma tutti però gl'Interpreti e Trattatisti sono d'accordo nell'ammettere che il patto stipulato dal compratore col venditore di voler subingredire nelle ragioni dei creditori da dimettersi col prezzo, abbia la stessa forza di

(1) De cessione jurium, tit. 4, quæst. 2, dal num. 3 al 14.

una espressa cessione di ragioni, sebbene al detto patto siano stati estranei i creditori (1).

Se poi il prezzo della vendita fu impiegato nel pagamento dei creditori del venditore, senza però un patto preventivo che determinasse la destinazione del prezzo medesimo, anche in questo caso la L. 17, D. *Qui pot. in pign.*, viene in soccorso e in difesa dell' acquirente molestato con azione ipotecaria dai creditori posteriori: « Eum, qui a debitore suo prœdium obligatum comparavit, eatenus *tuendum,* quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit. » Questa Legge non accorda al compratore la surroga nelle ragioni dei creditori ipotecarj dimessi col prezzo, ma semplicemente una eccezione di difesa contro l'azione ipotecaria promossa dai creditori posteriori, la quale eccezione si risolve in un diritto di ritenzione. I vantaggi di questa eccezione di difesa concessa dalla legge al compratore molestato con azione ipotecaria dai creditori posteriori sono chiaramente indicati nella L. 3, D. *De distr. pign.*, la quale stabilisce che il diritto d' offrire, negato ai creditori posteriori qualunque volta la vendita del fondo ipotecato fu fatta dal primo creditore ipotecario che vendè *jure creditoris,* viene concesso ai creditori ipotecarj posteriori nel caso di vendita fatta direttamente dal debitore, siccome un mezzo onde i medesimi possano rendere efficace l'azione ipotecaria mossa contro il compratore, il cui prezzo servì al pagamento dei creditori ipotecarj anteriori: « Quum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit. Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit, *ejusque pretium priori creditori solverit,* emtori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usuræ medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit, an denuo pignori obliget. » Questo diritto di offrire dalla Legge ora citata accordato ai creditori posteriori è l'unico mezzo, onde i medesimi possono efficacemente intentare l'azione ipotecaria contro il compratore, il cui prezzo fu impiegato nel pagamento dei creditori anteriori, perchè il gius di ritenzione concesso al compratore, è, come osserva il Brunemanno (2), una validissima difesa che lo mette al sicuro dalle

(1) De Olea, De ces. jur., tit. 4, quæst. 2, n. 1. Brunnemannus, ad L. 1, C. *Si antiq. cred. pign. vend.*

(2) Ad L. 3, D. *De distrac. pign.*

molestie a lui inferite : « Sed si debitor vendidit, emtor habet *jus retentionis,* et secundus creditor non potest rem ab emtore auferre, nisi offerat pretium..... Emtor, cujus pecunia ad primum pervenit, *et non fuit actum, ut in ejus locum succederet,* non potest *cum effectu* a secundo creditore actione hypothecaria conveniri, nisi ipsi offeratur pretium. Et sic si creditor primus vendat, hypotheca creditoris secundi perit; si vero debitor vendat, tunc secundus creditor potest convenire emtorem cum effectu; sed si pretium ad primum creditorem pervenit, non potest creditor pignus recuperare, nisi pretium restituat emtori. »

506. Si può dunque stabilire che secondo i principj delle Leggi Romane il compratore che compra da un debitore un fondo gravato da ipoteche ha il diritto di offrire e di pretendere la cessione delle ragioni dai creditori che lo molestano coll' azione ipotecaria; che quando la vendita è fatta col patto semplice, stipulato col venditore, che il prezzo debba impiegarsi nel pagamento dei creditori anteriori, il compratore rimane *ipso jure* surrogato nelle ragioni dei creditori dimessi senza bisogno dell' assenso degli stessi creditori e della cessione delle ragioni; che a più forte ragione il compratore ottiene questa surroga nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo quando al detto patto stipulato col venditore intorno alla destinazione del prezzo il compratore aggiunge la clausola di voler subingredire nelle ragioni dei creditori da dimettersi; e finalmente che quando senza un patto preventivo il prezzo della vendita fu realmente impiegato nel pagamento dei creditori anteriori, al compratore, a cui non è in questo caso concessa la surroga nelle ragioni degli stessi creditori, compete il diritto di ritenzione da opporsi in via di eccezione e di difesa contro le azioni ipotecarie mosse dai creditori posteriori, ai quali però è riservato il diritto di offrire ciò che fu impiegato nel pagamento dei creditori anteriori, siccome un mezzo onde possono rendere efficace la loro azione ipotecaria. Attingendo a queste fonti del Diritto Romano i Compilatori del Codice Napoleone accordarono nell' articolo 1251 n° 2° senza bisogno di alcun patto la surroga legale a vantaggio dell' acquirente d' un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo era ipotecato.

507. L' articolo 1251 n° 2° ha dato luogo ad un dubbio di grandissima importanza; se cioè quando il creditore, che viene

dimesso dall'acquirente col prezzo o con parte del prezzo della vendita, ha ipoteca su diversi fondi oltre quello che fu il soggetto del contratto, il subingresso legale a favore dell'acquirente si debba restringere al fondo acquistato, o pure estendere altresì a tutti gli altri fondi, sui quali il creditore dimesso avea privilegio od ipoteca. Tizio vende una tenuta composta di diversi fondi denominati A, B, C, D, a Cajo e resta creditore di una parte del prezzo. Il compratore rivende uno dei fondi che fanno parte di detta tenuta, cioè il fondo B, a Paolo, il quale in conto del prezzo paga il residuo prezzo dovuto al primo venditore Tizio, il cui privilegio si estende a tutti i fondi A, B, C. D. Paolo secondo acquirente, che col prezzo ha dimesso il creditore privilegiato Tizio, sarà surrogato nel privilegio di Tizio esteso a tutti i fondi della tenuta A, B, C, D, o pure nel privilegio dello stesso Tizio ristretto al solo fondo B alienato da Cajo? Il Troplong (1), facendosi ad esaminare questo punto di questione, dice appoggiato all'autorità del Renusson che secondo i principj dell' antica Romana Giurisprudenza il compratore era surrogato nei soli diritti al creditore dimesso spettanti sul fondo alienato; e ciò perchè la surroga non era che un'arme di difesa data in mano dalla legge al compratore per difendersi contro l'azione ipotecaria dei creditori posteriori: « Renusson a traité cette question avec sagacité dans son chapitre 5, et il se fonde sur les lois 17, D. *Qui pot.*, et 3, C. *De his qui in prior.*, pour décider que la subrogation est limitée à la chose acquise. Telle était aussi l'opinion universelle.... Le seul avantage que pût vous procurer la subrogation était de vous défendre contre les créanciers postérieurs, et de leur être préféré sur l'immeuble par vous acquis. »

A me pare che il Renusson, alla cui autorità fa eco il Troplong, non abbia bene interpretate le citate Leggi 17, D. *Qui pot.*, e 3, C. *De his qui in prior.*, e confonda la surroga e gli effetti che nascono dalla medesima col diritto semplice di ritenzione. È verissimo che la L. 17 si limita ad accordare al compratore una semplice eccezione di difesa che si risolve, come si disse, nel diritto di ritenzione del fondo, *eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit;* ma è vero altresì che questa Legge accorda appunto, mossa dalla equità più che dal rigore della giustizia, il diritto semplice di ri-

(1) Art. 2112, n. 359.

tenzione, perchè suppone che il compratore non abbia in suo favore che il fatto materiale del pagamento dei creditori ipotecarj eseguitó col denaro del prezzo. Questo diritto di ritenzione non è che un rimedio equitativo, onde la legge tutela il possesso del compratore non surrogato nelle ragioni dei creditori anteriori dimessi col prezzo della vendita, qualunque volta lo stesso compratore sia attaccato coll' azione ipotecaria da un qualche posterior creditore: « Exceptio hujusmodi retentionis ex aequitate et benignitate legis est concessa ipsi possessori (1). » Al contrario la citata L. 3 del Codice stabilisce che quando il compratore acquista col patto che il prezzo debba impiegarsi nel pagamento dei creditori anteriori, *ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores,* succede senza bisogno che i creditori gli facciano la cessione delle ragioni in tutti i diritti degli stessi creditori dimessi, *in jus eorum successisti*. La prima Legge adunque accorda un rimedio equitativo al compratore che non fu surrogato nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo; la seconda accorda al compratore che acquistò col patto anzidetto una piena surroga nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo. Nè si potrebbe dedurre dalle ultime parole della citata L. 3 — *et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes,* — che gli effetti della surroga sono uguali a quelli del gius di ritenzione concesso dalla L. 17, perchè se la surroga fornisce, come il diritto di ritenzione, un' arme di difesa contro l' attacco dell' azione ipotecaria intentata dai creditori posteriori, ha altresì il vantaggio di trasfondere nel surrogato tutti i diritti dei creditori dimessi e di investirlo della facoltà di esercitarne le azioni. Per dare maggior peso a queste mie osservazioni citerò l'autorità del Merlino, il quale indica chiaramente la differenza che passa tra il semplice diritto di ritenzione e la surroga nelle ragioni dei creditori anteriori: « Jurium cessio est obtinenda a creditoribus anterioribus, ut fiat successio in locum primi ad effectum agendi, quia sine cessione hujusmodi non datur actio. Datur autem exceptio et retentio ad favorem possessoris. Quando autem possessor habet pactum cum venditore de solvendo anterioribus creditoribus ad effectum subingrediendi in locum ipsorum non est necessaria aliqua cessio (2). »

(1) Merlinus, de Pignorib., lib. 4, tit. 2, quæst. 44, n. 11.
(2) De pignoribus, lib. 4, tit. 2, quæst. 59.

E il De Olea accennando alla questione già sopra indicata (1), se giusta la L. 3, C. *De his, qui in prior. cred. loc. succed.*, basti a far sì che il compratore sia surrogato nelle ragioni dei creditori anteriori il semplice patto determinante la destinazione del prezzo, o debba anche esservi aggiunta la dichiarazione del compratore di voler subingredire nelle ragioni degli stessi creditori da dimettersi col prezzo della vendita, mostra esso pure molto chiaramente la differenza tra il semplice diritto di ritenzione e la surroga, e quanto maggiori siano gli effetti che da questa derivano: « Quando vero quis, etiam ignorante creditore, rem pignori obligatam a debitore emit, eo pacto *ut ex pretio creditori satisfieret,* nihil tamen actum fuit de surrogatione, dubium est, an emtor in jus pignoris succedat? In qua re Negusantius hypothecariam actionem emtori denegat, eique jus retinendi concedit. Sed aliis contraria sententia placuit, scilicet emtorem hypothecariam etiam actionem acquirere, per quam non solum retentionis beneficio se defendere possit, sed etiam ut queat, si a possessione cadat, adversus posteriores creditores aliumve possessorem agere (2). » La questione, a cui accenna il De Olea nel passo ora citato, non versa sul punto, se il compratore surrogato nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo possa o no, oltre il diritto di ritenzione, valersi dell' azione ipotecaria spettante agli stessi creditori, perchè ammessa la surroga tutti sono d'accordo gl' Interpreti ed i Trattatisti nell' accordare al compratore l' esercizio di tutte le azioni ai creditori competenti. La questione è sul punto, se la surroga onde il compratore succede nei diritti dei creditori, e acquista, oltre il diritto di ritenzione, la facoltà di esercitare le loro azioni, derivi dal patto semplice stipulato col venditore che il prezzo debba essere impiegato nel pagamento dei creditori anteriori, o pure dal patto accompagnato dalla clausola di voler subingredire nelle loro ragioni. Gl' Interpreti dunque del Diritto Romano ed i Trattatisti ammettono che la surroga produce effetti diversi e più larghi del semplice diritto di ritenzione, e che questo diritto di ritenzione è un rimedio introdotto a favore del compratore che non può vantare il diritto di surroga nelle ragioni dei creditori dimessi col prezzo pagato. Io tengo pertanto che il Renusson e il Troplong abbiano errato attribuendo alla surroga, accordata dal Diritto

(1) N. 505, pag. 375.

(2) De cessione, tit. 4, quæst. 2, n. 3.

Romano al compratore che paga col prezzo i creditori anteriori, i soli effetti che derivano dal semplice diritto di ritenzione concesso al compratore in quei casi in cui gli mancano le condizioni da cui dipende il diritto di surroga.

Facendosi però il Troplong a considerare gli effetti della surroga accordata dal Codice Napoleone al compratore, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo era ipotecato, conclude che questo Codice si è allontanato dalle massime stabilite dalla Romana Giurisprudenza, e che il compratore non ha soltanto una eccezione di difesa contro i creditori posteriori, ma succede nella pienezza di tutti i diritti ed azioni spettanti ai creditori dimessi tanto sul fondo che fu il subbietto della alienazione, quanto sugli altri fondi gravati di privilegio o d' ipoteca: « Mais sous le Code Civil il semble qu'on peut aller plus loin, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, qui accorde la subrogation à celui qui, étant tenu pour d'autres, paie la dette qu'il avait intérêt à acquitter. Or, l'acquéreur qui paie le créancier privilégié pour échapper au délaissement, est tenu pour le vendeur; il paie pour le vendeur: donc il est subrogé aux droits que le créancier payé avait contre ce même vendeur, et l'on se trouve placé hors du cas prévu par les lois romaines invoquées par Renusson. » Come si raccoglie dalle parole ora citate, il Troplong accorda la più larga estensione alla surroga attribuita dal Codice Napoleone al compratore, ma ricorre alla disposizione del n° 3° dello stesso articolo 1251, dalla quale trae la conseguenza che il compratore, essendo obbligato pel venditore al pagamento dei debiti ipotecarj, deve succedere in tutti i diritti dei dimessi creditori. Anche qui sebbene io sia d'accordo col Troplong nella conclusione, non posso convenire che si debba ricorrere alla disposizione del n° 3° dell' articolo 1251 per dedurre che il compratore surrogato nelle ragioni dei creditori ipotecarj dimessi col prezzo ha diritto di esercitarne tutte le azioni. L'articolo 1251, che determina ad uno ad uno sotto distinti numeri tutti i casi di surroga legale, contempla nel n° 2° quella che viene accordata all' acquirente. È dunque dalla disposizione del n° 2° che devono desumersi gli effetti e la estensione della surroga all' acquirente concessa. D' altra parte non mi pare applicabile all' acquirente la disposizione del n° 3° del detto

articolo 1251, che si riferisce solamente a colui che essendo *obbligato con altri o per altri* al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo. Chi sono gli obbligati con altri o per altri al pagamento di un debito? Sono i mallevadori o i correi *debendi*. Il compratore che non ha assunta alcuna obbligazione verso i creditori del venditore può essere molestato soltanto coll'azione ipotecaria come possessore della cosa gravata di privilegio o di ipoteca, e per sottrarsi al pericolo di detta azione può fare il giudizio di purgazione del fondo comprato ed anche molestato e citato può fare il rilascio. Dice perciò Giustiniano (1) parlando delle azioni onde uno può essere convenuto in giudizio: « Agit unusquisque aut cum eo, qui ei *obligatus est*...; aut cum eo agit, qui *nullo jure ei obligatus est*, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. »

Messa dunque da parte la disposizione del n° 3° dell'articolo 1251 non applicabile secondo il mio avviso al caso dell'acquirente, non dubito di ripetere la conclusione del Troplong, e di asserire francamente e con piena convinzione che l'acquirente, che paga col prezzo i creditori aventi privilegio od ipoteca sul fondo comprato, acquista il pieno diritto di esercitare tutte le azioni dei creditori dimessi anche sugli altri beni diversi dal fondo che fu il subbietto del contratto di compra. La surroga legale nei diversi casi, in cui è concessa, produce sempre gli stessi effetti, non facendo la legge alcuna restrizione e limitazione, o sia attribuita al creditore che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito, o a vantaggio dell'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori aventi ipoteca o privilegio sul fondo comprato, o in favore di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito avea interesse di soddisfarlo, o a vantaggio dell'erede beneficiario che paga con i proprj denari i debiti ereditarj. Se la surroga legale nei casi contemplati nei numeri 1° 3° e 4° dell'articolo 1251 è generale e si estende a tutti i diritti dei creditori dimessi e a tutti i fondi soggetti al loro privilegio o alla loro ipoteca, perchè solamente la surroga concessa all'acquirente dovrà essere limitata e ristretta al solo fondo che fu il subbietto della alienazione? La surroga legale, chiunque possa giovarsene, non ha e non può

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 1.

avere effetti diversi da quelli che nascono dalla surroga convenzionale, perchè l' una e l' altra differiscono solo quanto alla causa, non quanto alla intrinseca natura, ossia perchè deriva la prima dalla legge indipendentemente dalla volontà dei contraenti, e la seconda dal consenso delle parti. Ora la surroga convenzionale, che nasce dalla volontaria cessione delle ragioni, abbraccia e comprende tutti i diritti e le azioni dei creditori, essendo la surroga convenzionale per la ragione indicata nella L. 76, D. *De solut.*, assimilata negli effetti al vero contratto di cessione: « quum pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quæ fuit peremta videatur. » Che se il surrogato è parificato al compratore del nome del debitore ceduto, il surrogato potrà anche giovarsi della disposizione della L. 6, D. *De hered. vel act. vend.*, che accorda al cessionario tutti i diritti del cedente: « Emtori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet; nam beneficium venditoris prodest emtori. » Come a qualunque cessionario, così a qualunque surrogato, o si tratti di surroga convenzionale o di surroga legale, la generale disposizione della L. 177, D. *De div. reg. Jur.*, non può non essere applicabile: « Qui in jus, dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. » Quando un terzo pagando il debito altrui subingredisce nelle ragioni del creditore o per patto o per ministero di legge, tutte le obbligazioni tanto principali quanto accessorie, come dice la L. 5, § 2, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, rimangono ferme e intatte: « manent omnes obligationes integræ, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. » Il terzo possessore molestato con azione ipotecaria da un creditore può, come già si disse (1), esercitando il diritto d' offrire, pretendere la cessione delle ragioni. A questo proposito il Brunemanno fa il seguente quesito: « Sed quid si creditor, *habens universa bona obligata,* jus hypothecæ in nonnullis bonis remiserit, an sufficit, si possessori cedat tale jus, quod jam habet? » E risponde affermativamente: « Quod affirmatur (2). » Un tal dubbio non avrebbe potuto proporsi, quando il creditore non fosse tenuto che a cedere le ragioni a lui competenti sul fondo posseduto dal terzo possessore. Se il creditore che agisce con azione ipotecaria contro il terzo possessore che gli offre il pa-

(1) N. 506, pag. 377.
(2) Ad L. 12, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

gamento del credito è tenuto a cedergli secondo i principj del Diritto Romano tutte le azioni che ha conservate sebbene si estendano a tutti i beni del venditore, per la stessa ragione non si possono restringere gli effetti della surroga accordata dal Codice Napoleone al compratore, essendo una tale surroga attribuita in luogo e vece di quella coattiva cessione di ragioni, a cui era anticamente tenuto il creditore ipotecario.

Dice il Troplong che secondo il Codice Napoleone il compratore appunto è surrogato in tutti i diritti ed azioni del creditore dimesso col prezzo, perchè fu posto fuori del caso previsto dalle Leggi Romane: « l'on se trouve placé hors du cas prévu par les lois romaines invoquées par Renusson. » Io penso al contrario che il compratore che paga col prezzo i creditori ipotecarj o privilegiati, ha diritto di esercitarne tutti i diritti ed azioni, perchè il Codice Napoleone, anzichè accordargli quel gius semplice di ritenzione, che in difetto dei requisiti necessarj alla surroga gli era concesso dalla L. 17, D. *Qui pot. in pign.*, lo fa succedere ad imitazione della L. 3, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.*, in tutti i diritti degli stessi creditori: « in jus eorum successisti. » Per questi motivi, diversi però da quelli che mossero il Troplong, io tengo col medesimo non doversi restringere al solo fondo comprato gli effetti della surroga legale dal n° 2° dell'articolo 1251 attribuita al compratore.

Si dirà che la cessione e la surroga sono di stretto diritto. Io non contrasto a questa massima, la quale non può impedire che la cessione e la surroga abbiano ad abbracciare le cose naturalmente comprese nell' atto. Il De-Olea, il quale ammette che la cessione sia di stretto diritto, insegna che ceduta un' azione principale s' intendono cedute altresì le azioni accessorie contro i fidejussori e le cose date in pegno, e a coloro che tengono una opinione contraria risponde con ragione filosofica: « nec tunc fidejussoria et hypothecaria actio ex vi extensionis, sed *comprehensionis* transit. » Mi varrò anch' io dello stesso argomento per rispondere a coloro, i quali vogliono restringere la surroga accordata all' acquirente entro i limiti soltanto del fondo comprato, e dirò che la surroga concessa dall'articolo 1251 n° 2° all'acquirente abbraccia tutti i fondi già gravati di privilegio o di ipoteca a favore del creditore dimesso, *non ex vi extensionis*, *sed comprehensionis*, perchè una surroga generale attribuita dalla legge

senza limiti e restrizioni non può non comprendere tutti i diritti e le azioni tutte del creditore, nelle cui ragioni fu l'acquirente surrogato.

Non vuolsi però tacere, che questa interpretazione che noi abbiamo data al n° 2° dell'articolo 1251 in favore dell'acquirente ha i suoi contradittori, e lo stesso Troplong (1) cita una sentenza della Corte di Bourges del 10 luglio 1829 che volle ristretta la surroga al fondo alienato. Intorno a questa sentenza il Troplong dà il seguente giudizio: « Je crois que cette décision ne peut pas faire impression.... Elle s'est laissée influencer par d'anciens principes, qui restreignaient la subrogation, tandis que la nouvelle législation lui donne une salutaire extension. » Sebbene io sia d'accordo col Troplong nel rigettare la interpretazione ristrettiva della Corte di Bourges, credo però che se questa Corte avesse interpretato il n° 2° dell'articolo 1251 colla scorta della antica L. 3, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.*, avrebbe diversamente giudicato. E nè pure sono col Troplong, quando mi dice che la nuova legislazione ha data alla surroga concessa all'acquirente una salutare estensione, *une salutaire extension.* Io credo certamente e sono pienamente convinto che il chiaro testo dell'articolo 1251 non ammetta la interpretazione ristrettiva della Corte di Bourges, e credo che sotto l'antica come sotto la nuova legislazione la surroga accordata al compratore si estenda a tutti i diritti ed azioni dei creditori dimessi; ma tengo d'altra parte che una tale estensione non solo non sia salutare, ma sia anzi fatalmente esiziale al credito fondiario. Un povero debitore gravato d'ipoteche generali, o legali o giudiziali, s'induce a vendere una parte de' suoi beni per liberarsi dai suoi debiti, che vengono soddisfatti dal compratore col prezzo della vendità. Se questo venditore non è cauto a stipulare con un patto espresso che la surroga a cui ha diritto l'acquirente debba restringersi ai fondi alienati; non ostante la vendita, non ostante il pagamento dei debiti, gli altri beni rimasti in poter suo continueranno ad essere come prima gravati dalle stesse ipoteche generali. E si dirà *salutare* la estensione che ha la surroga accordata dalla legge all'acquirente? Io credo che nulla v'abbia tanto fatale al credito fondiario quanto la illimitata estensione di questa surroga, in grazia della quale l'acquirente finchè può

(1) Art. 2112, n. 558.

temere un pericolo di evizione tiene vincolati i beni del suo venditore o di altri terzi possessori dalle stesse ipoteche e privilegi già competenti a quei creditori che furono dimessi col prezzo della vendita. Almeno la citata L. 3, C. *De his qui in prior. cred. loc. suc.*, faceva dipendere la surroga da un patto stipulato col debitore, il quale dovea prevedere le conseguenze del dato consenso; laddove il Codice Napoleone accorda direttamente senza bisogno di alcun patto la surroga all'acquirente; e se era giusto ed equo che la legge avesse cura dell'interesse dell'acquirente, giusto era altresì ed equo che conciliasse l'interesse di lui con quello del venditore e dei terzi, restringendo gli effetti della surroga al fondo alienato. Ma qualunque siano gl'inconvenienti di questa troppo estesa surroga, io non posso, ligio alle mie convinzioni, soscrivermi alla massima proclamata dalla Corte di Bourges, e ripeterò qui la giusta sentenza del Troplong: « La jurisprudence est exempte de reproches; car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire (1). » Il Grenier (2), il Duranton (3), il Toullier in una nota aggiunta alla nuova edizione di Parigi (4), ed altri oltre il Troplong, danno alla surroga dell'acquirente la stessa estensione che noi pure crediamo doverlesi attribuire; e sebbene io non convenga in tutte le ragioni addotte dai Giureconsulti Francesi, la massima da essi sostenuta dà alla mia interpretazione la più sicura conferma.

508. Diremo ora dell'altro caso di surroga legale contemplato nel n° 3° del più volte citato articolo 1251. Oltre i benefizj d'*ordine* e *di divisione,* il Gius Romano accorda al fidejussore anche quello *cedendarum actionum,* in grazia del quale il fidejussore citato al pagamento può pretendere dal creditore la cessione di tutte le azioni personali e reali all'attore competenti (5). In alcuni casi questa cessione di ragioni è assolutamente necessaria al fidejussore, in altri gli è utile, ma non necessaria. Se il fidejussore citato al pagamento dal creditore intende di agire contro gli altri confidejussori per ripetere da

(1) Art. 2103, n. 219.
(2) Des Hypoth., par. 2, chap. 3, § 1, art. 1.
(3) Droit civil, tit. 3, n. 161.
(4) Liv. 3, tit. 3, § 145, pag. 68.
(5) Voet, tit. *De fidejus.*, n. 27.

essi la loro quota del debito, pel quale stettero mallevadori, ha duopo assolutamente della cessione delle azioni, senza la quale la L. 39, D. *De fidejus,* gli nega il diritto di rivolgersi contro gli altri confidejussori: « Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est; ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, quum alter electus a creditore totum exsolverit, *nec ei cessæ sint actiones,* alter nec a creditore, nec a confidejussore convenietur. » Mentre il Diritto Romano nega da una parte al fidejussore che pagò l' intero debito il diritto di agire contro gli altri confidejussori, dall' altra la L. 17, D. *De fidejus.,* soccorre a lui col beneficio *cedendarum actionum*: « Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. » Poteva nascere il dubbio, se una tale cessione fatta dal creditore che riceve il pagamento del suo avere potesse tenersi per valida ed efficace, e Paolo nella L. 36, D. *De fidejus. et mand.,* rispondendo al dubbio, dichiara che il creditore è considerato come un venditore del nome del suo debitore: « Cum is, qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones; poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est; non enim in solutum accipit, *sed quodammodo nomen debitoris vendidit,* et ideo habet actiones, quia *tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.* »

È diversa la condizone del fidejussore rispetto al debitore principale, dal quale può ripetere direttamente, senza bisogno di valersi delle azioni del creditore, il dovuto rimborso o coll' azione *mandati* o coll'altra *negotiorum gestorum.* Ma sebbene in questo caso la cessione delle azioni non sia propriamente necessaria al fidejussore, potendo questi agire con azione propria personale contro il debitore, ciò nullameno la L. 2, C. *De fidejussor.,* obbliga il creditore a farla, onde il fidejussore più agevolmente e con più sicurezza, valendosi delle azioni ipotecarie cedutegli, possa ottenere il rimborso di ciò che gli è dovuto: « Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod quum facit, *debet jus pignorum in eum transferre.* » E questa obbligazione imposta al creditore di cedere le azioni è sì rigorosa che la L. 21, C. *De fidejussor.*, dà diritto al fidejus-

sore citato di ritardare il pagamento del debito sino a che non gli venga fatta una tale cessione: « Sicut eligendi fidejussores creditor habet potestatem, ita intercessorem postulantem cedi sibi hypothecæ sive pignoris obligata jure, non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri. » È dunque vera la regola stabilita dal Brunemanno: « Creditorem teneri fidejussori soluturo cedere omnia jura sua personalia et realia (1). » E lo stesso Brunemanno (2) nota che quand' anche il fidejussore abbia rinunziato al benefizio della cessione, una tale rinunzia non ha altro effetto se non che di impedire che sia ritardato il pagamento del debito: « Et si beneficio cedendarum renunciaverit fidejussor, hæc tamen renunciatio tantum facta, ne solutio retardetur, non ut creditor non teneatur cedere, quod sibi non nocet, alteri prodest. »

Questo benefizio *cedendarum actionum* non era dalle Leggi Romane accordato solo al fidejussore, ma altresì al *correo debendi*, onde questi potesse valersi delle azioni del creditore contro l' altro correo, e in generale era concesso a tutti coloro che con altri o per altri erano obbligati al pagamento di un debito (3). Ma sebbene questa cessione sia per Gius Romano obbligatoria da parte del creditore, il qnale non può rifiutarla se vuol essere dal fidejussore o dal correo *debendi* del suo credito soddisfatto, è però certo che senza di questa il fidejussore o il correo non sono surrogati nelle ragioni del creditore, e non ne possono esercitare le azioni, ed è certo del pari che questa cessione deve farsi al momento del pagamento, perchè fatta dopo non potrebbe più far rivivere azioni rimaste estinte giusta l' insegnamento della L. 76, D. *De solut.*, applicabile tanto alla cessione coattiva quanto alla volontaria: « Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelæ debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, quum nulla actio superfuerit. » Tuttavia il Dumoulin nella prima delle sue lezioni solenni che fece a Dôle pretese di sostenere che il fidejussore ed il correo anche senza bisogno della cessione delle ragioni sono *ipso jure* surrogati nelle ragioni del

(1) Ad L. 2, C. *De fidejus.*

(2) Ad L. 17, D. *De fidejus.*

(3) Voet, lib. 45, tit. 2, n. 7. Vinnii Instit., lib. 3, tit. *De fidejus.*, § 4. Pothier, Des obligations, par. 2, chap. 3, § 5, n. 280.

creditore coi loro denari soddisfatto, e appoggiò la sua opinione, contraria al voto di tutti i Dottori ed Interpreti, alla disposizione della L. 1, § 13, D. *De tut. et rat. dist.*, la quale stabilisce la seguente massima: « Si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex comuni gestu, nec ei mandatæ sunt actiones, constitutum est a Divo Pio, et ab Imperatore nostro, et Divo patre ejus, *utilem* actionem tutori adversus contutorem dandam. » A dir vero potrebbe a bella prima questa Legge far credere che il contutore, a cui è concessa l'azione *utile*, è surrogato nelle ragioni del creditore anche senza bisogno di una espressa cessione; ma il profondo Pothier (1) contraddicendo all'interpretazione del Dumoulin insegna che l'azione utile, a cui accenna la detta Legge, non è l'azione utile *di tutela*, non potendo l'azione di tutela nè diretta nè utile spettante esclusivamente al minore esercitarsi dal contutore senza una espressa cessione; ma è invece l'azione utile *negotiorum gestorum*. Con questa spiegazione del Pothier che mette la citata Legge in armonia con tutte le altre Leggi del Digesto e del Codice che trattano del benefizio *cedendarum actionum*, viene assolutamente esclusa l'idea di tacita surroga supposta dal Dumoulin, essendo appunto accordata al contutore l'azione utile *negotiorum gestorum* da esercitarsi da lui *ex capite proprio* in mancanza della cessione delle azioni spettanti al minore. L'opinione del Dumoulin, che appoggiato alla detta L. 1, § 13, D. *De tut. et rat.*, volea introdurre una surroga tacita o legale in favore di coloro che sono obbligati con altri o per altri al pagamento di un debito, non fu, come dichiara il lodato Pothier, accolta dalla Giurisprudenza moderna, la quale, come l'antica, tenne sempre per massima inconcussa di Diritto essere necessaria ai fidejussori ed ai condebitori la espressa cessione delle ragioni al creditore competenti. Non furono ligi a questa Giurisprudenza i Compilatori del Codice Napoleone, e abbracciando la massima insegnata dal Dumoulin accordarono nell'articolo 1251 n° 3° la surroga legale, senza bisogno della cessione delle ragioni a vantaggio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito avea interesse di soddisfarlo.

509. Resta a dire da ultimo della surroga legale accordata

(1) Traité *Des obligat.*, par. 2, chap. 3, § 5, n. 280.

all'erede benefiziato. Il debitore che paga con denari proprj il debito estingue non solo la obbligazione propria, ma altresì, come stabilisce la L. 43, D. *De solut.*, le obbligazioni accessorie dei pegni e dei mallevadori: « In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ, pignora. » E siccome ripugna che la stessa persona sia nello stesso tempo e debitore e creditore, così il debitore che paga non solo non può pretendere la cessione delle ragioni, ma quand'anche questa fosse volontariamente fatta non avrebbe alcun effetto (1). La stessa massima deve tenersi quando il debito è pagato dall'erede del debitore, avendo l'erede, come dice la L. 59, D. *De div. reg. Jur.*, gli stessi diritti del defunto autore: « Heredem eiusdem potestatis, jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. » Se il creditore succede al debitore, il debito rimane estinto senza bisogno di pagamento, perchè l'adizione della eredità, come dichiara la L. 95, § 2, D. *De solut., jure confundit obligationem.* Per la stessa ragione l'erede del debitore che paga il debito ereditario non potrà tener vive le azioni del creditore mediante una surroga o cessione di ragioni. È diversa la condizione dell'erede benefiziato da quella dell'erede puro e semplice. Imperocchè l'inventario tiene talmente separati e distinti i diritti e gli obblighi personali del defunto da quelli dell'erede, che questi, come stabilisce la L. 22, § 9, C. *De jure delib.*, può essere creditore *jure proprio* della stessa eredità benefiziata come qualunque altro estraneo: « Sin vero et ipse (cioè l'erede benefiziato) aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen prærogativa inter creditores servanda. » Rispetto ai diritti ed agli obblighi personali che ha l'erede benefiziato verso il defunto, la persona dello stesso defunto anzichè dall'erede, che nella sua qualità di debitore o di creditore è nella stessa condizione di qualunque estraneo, è rappresentata dalla stessa eredità, la quale, come dichiara la L. 22, D. *De fidejussor.*, fa le veci della persona: « Hereditas personæ vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas. » Ciò posto, è chiaro che l'erede benefiziato, il quale con denari proprj paga un debito della eredità, potrà come qualunque altro estraneo essere surrogato mediante la cessione delle ragioni nei diritti ed azioni del creditore dimesso. Se l'erede

(1) De Olea, De cessione, tit. 4, quæst. 1, n. 2, 3, 4.

beneficiato conserva i crediti che prima della adizione teneva col defunto, e come creditore ha sui beni della eredità un diritto uguale a qualunque altro creditore *temporum tamen prærogativa inter creditores servanda;* nessuna ragione vi potrebbe essere di negargli il diritto di prendere il posto e di essere surrogato nelle ragioni di qualche creditore della stessa eredità. Infatti il De Olea (1), considerando il caso che l'erede beneficiato paghi un creditore ipotecario posteriore che dimandò pel primo il pagamento, dice essere diversi gli effetti secondochè l'erede pagò con denari proprj o con denari della eredità; perchè nel primo caso può essere molestato dai creditori ipotecarj anteriori, sebbene avesse ottenuta dal creditore posteriore la cessione delle ragioni, *tametsi a creditore posteriore*, *cui solvit*, *cessionem habuisset;* laddove nell'altro caso del pagamento eseguito con denari della eredità non può dai creditori ipotecarj anteriori essere disturbato. La ragione della differenza è evidente. Imperocchè l'erede che paga con denari della eredità paga come erede; laddove pagando con denari proprj paga come un estraneo qualunque, che non può pregiudicare alle ragioni dei creditori anteriori. Ma sebbene l'erede beneficiato che paga con denari proprj possa essere surrogato nelle ragioni dei creditori dimessi, quando per patto gli sia fatta la cessione delle ragioni, è certo che le Leggi Romane non accordano a lui alcuna surroga legale, nè il diritto di costringere il creditore ereditario a fargli la detta cessione. Siccome però gli eredi beneficiati, che pagano un creditore ereditario con denari proprj, fanno cosa a cui non sono tenuti, mentre l'adizione fatta col beneficio dell'inventario fa sì che gli eredi *in tantum*, come dice la citata L. 22, § 4, C. *De jure delib.*, *hereditariis creditoribus teneantur*, *in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant;* e siccome con tale pagamento coi proprj denari eseguito giovano grandemente all'interesse del creditore soddisfatto, che per tal modo viene sottratto al pericolo di un giudizio di concorso sui beni della eredità beneficiata, è dettata da somma equità la disposizione dell'articolo 1251 n° 4° che accorda il subingresso legale a vantaggio dell'erede beneficiario che pagò con i proprj denari i debiti ereditarj.

510. La surroga, o sia convenzionale o sia legale, quanto alla facoltà spettante al surrogato di esercitare le azioni perso-

(1) De cessione, tit. 4, quæst. 2, n. 25.

nali e reali del creditore, non differisce dal vero contratto di cessione contemplato nel Capo *Della cessione dei crediti.* Imperocchè il creditore che viene dimesso *non in solutum accipit,* come dice la L. 36, D. *De fidejus., sed quodammodo nomen debitoris vendidit.* E però l'articolo 2112, che accorda ai cessionarj dei crediti privilegiati il diritto di esercitare le medesime ragioni dei cedenti in loro luogo e stato, è applicabile non tanto ai cessionarj, ai quali a titolo lucrativo od oneroso fu alienato un credito, ma altresì a tutti coloro che furono surrogati o dalla legge o per forza di un patto nelle ragioni di un creditore. Tutto ciò che si è detto pertanto della facoltà del cessionario e di accendere l'iscrizione del credito ceduto, e di approfittare di quella che dal cedente fu accesa, vuolsi ripetere riguardo a coloro che in grazia delle disposizioni degli articoli 1250 e 1251 ottennero il subingresso o convenzionale o legale (1).

511. Se il creditore privilegiato od ipotecario avrà ceduto in tante distinte porzioni il suo credito a diversi cessionarj con atti separati fatti in diversi tempi, avranno tutti un eguale diritto e saranno pagati per contributo, o pure i primi cessionarj saranno preferiti agli ultimi nel caso che i beni del debitore ceduto non bastino alla soddisfazione dell'intero credito? Tizio, p. e., creditore di lire diecimila contro Sempronio per residuo prezzo di un fondo vendutogli, cede una parte del suo credito sino alla concorrenza di lire 3000 a Cajo. Non guari dopo lo stesso Tizio dà in dote ad una propria figlia un'altra porzione dello stesso credito per un ammontare di lire 4000; e finalmente alcuni mesi dopo vende a Giulio il residuo del detto credito ridotto a lire 3000. Ecco un credito ceduto in tre distinte porzioni a tre diversi cessionarj in tre epoche differenti. Se si apre un giudizio di espropriazione in odio di Sempronio debitore, e col prezzo del fondo espropriato non possono i tre cessionarj, Cajo, la figlia e Giulio, ottenere una piena soddisfazione, la perdita starà tutta a danno dell'ultimo cessionario, ossia di Giulio, o tutti e tre saranno pagati per contributo?

Essendo a tutti i cessionarj ceduta una porzione dello stesso credito, tutti rappresentano egualmente il cedente, e diventano socj *in re comuni,* e per conseguenza aver devono diritti eguali ed essere pagati per contributo. Perchè il primo cessionario po-

(1) Troplong, art. 2112, n. 377.

tesse aver diritto di essere preferito ai cessionarj posteriori, bisognerebbe che il cedente, il quale cede una porzione sola del credito, nel caso di insufficienza dei beni del debitore ceduto dovesse essere posposto al suo cessionario. Supponiamo che Tizio creditore di lire dieci mila contro Sempronio venda una sola porzione del suo credito per l'ammontare di lire tre mila a Cajo. Nel giudizio aperto in odio di Sempronio debitore ceduto, Tizio per le lire settemila non cedute sarà forse posposto a Cajo cessionario di sole lire tremila? No certamente. Imperocchè in forza della cessione parziale il cedente, che era padrone dell'intero credito, diventa condomino nella proprietà del credito col cessionario, e tutti e due devono essere pagati per contributo sui beni di Sempronio debitore ceduto nel caso che questi non bastino ad una intera soddisfazione del credito. Questa verità che per me è evidente viene confermata dall'autorità del De Olea: « Ubi quis partem crediti dedit, licet ejus partis quasi possessio in cessionarium transferatur; tamen cedens possessor remanet pro residuo, et consequenter ipse et cessionarius nomen pro rata possident.... Quod si post factam cessionem de una parte nominis cedens (qui debitorem cessum idoneum et locupletem esse non promisit) concurreret cum cessionario, et uterque ex bonis debitoris, quod sibi debebatur, exigere intenderet, cessionàrius ratam sibi cessam, cedens vero residuum; indubitatum est, eos, si debitor ad totius summæ solutionem idoneus non esset, pro rata esse admittendos (1). Se dunque il cessionario di una porzione di un credito trovandosi in concorso e in conflitto col suo cedente creditore del residuo non ha diritto di essere allo stesso cedente preferito, ma l'uno e l'altro devono essere pagati per contributo, è chiaro che anche il cessionario del residuo credito in concorso col cessionario della prima porzione ceduta dello stesso credito avrà diritto di essere pagato per contributo, e ciò perchè il cessionario del residuo ha diritto di esercitare tutti i diritti ed azioni del suo cedente. Anche il De Olea appoggiato a questa ragione semplicissima sostiene (2) che i diversi cessionarj di un credito ceduto in epoche diverse in distinte porzioni devono essere pagati per contributo senza alcun riguardo alla data delle cessioni parziali, qualunque volta i beni del debitore ceduto non bastino alla piena ed

(1) De cessione Jur., Tit. 6, quæst. 8, n. 21 e 22.
(2) De cessione Jur., Tit. 6, quæst. 8, n. 23.

intera soddisfazione del credito: « Quemadmodum igitur cedens et cessionarius pro rata concurrerent; ita etiam secundus cessionarius pro rata concurrere debet; quia secundo ceduntur jura qualia erant penes cedentem, ac proinde cessus videtur concursus, quem ipse cedens cum suo primo cessionario habebat. »

Potrebbe sembrare contraria a questa massima la disposizione della L. 13, D. *Qui potior. in pign.*, nella quale si esclude il contributo nel caso di conflitto tra il venditore ed il compratore di una casa affittata verificandosi l'insufficienza del pegno dato dall'inquilino a garanzia delle pensioni: « Insulam tibi vendidi et dixi, prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum; Nerva, Proculus: nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, jus omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur; si quid superesset, ad te. Paulus: facti quæstio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur. » Questa legge non si oppone per nulla alla massima del contributo da noi sostenuta, ed è facile la risposta. Quando si tratta di un fondo affittato per un determinato tempo, il credito delle pensioni non è un credito uno e complesso che abbracci senza distinzione di tempo l'ammontare di tutte le pensioni dovute dal conduttore dal principio al termine della locazione; ma al contrario tanti sono i crediti quante sono le pensioni annue che scadono di mano in mano al termine di ciascun anno. Sebbene dunque il pegno dato dal conduttore serva a garanzia di tutte le pensioni, giustizia ed equità vogliono che le pensioni anteriormente scadute, delle quali il giorno, per usare il linguaggio della L. 213, D. *De verbor. sign.*, *cessit et venit* prima delle altre, siano col prezzo del pegno pagate anteriormente alle pensioni ultimamente scadute. È per questa ragione che il De Olea, ammesso il principio del contributo tra i diversi cessionarj dello stesso credito ceduto in distinte porzioni in diversi tempi, fa la seguente limitazione: « Tertia limitatio est, quando creditor non cedit sortem principalem census vel nomen; sed annuas pensiones vel usuras, quæ quotannis ex censu vel nomine percipit, cedendo uni reditus unius anni, et alteri reditus anni, vel annorum sequentium: tunc enim, si concurrant cessionarj prioris et posterioris anni, et debitor sufficientia bona non habeat, nullate-

nus pro rata exigent; sed cessionarius prioris anni potior erit, *etiamsi in cessione fuisset posterior;* quia debitum prioris anni prius cedit, et maturatur, quam debitum anni sequentis (1). » Ed è sì vero che la prelazione accordata al cessionario della pensione del primo anno non dipende dalla anteriorità della data della cessione, ma sì bene dalla scadenza della stessa prima pensione verificatasi prima della scadenza delle pensioni degli anni successivi, che il lodato De Olea attribuisce assolutamente al cessionario della pensione del primo anno la dovutagli prelazione, sebbene la data dell' atto di cessione fosse posteriore alla data dell'atto onde furono cedute le pensioni successive, *etiamsi in cessione fuisset posterior.*

512. Quando il creditore cede il suo credito ad un terzo, non è tenuto giusta la massima stabilita dalla L. 4, D. *De her. vel act. vend.,* a garantirne la esigibilità tranne il caso di un patto speciale: « Si nomen sit distractum, Celsus scribit, locupletem esse debitorem, non debere præstare; debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenit. » Questo stesso principio è ripetuto dagli articoli 1693 e 1694 del Codice Napoleone, secondo i quali quegli che vende un credito deve semplicemente garantirne l'esistenza al tempo della cessione, e non è responsabile della solvibilità del debitore che quando si è a ciò obbligato. Se pertanto un credito sarà ceduto dal creditore senza alcuna garanzia della esigibilità, correrà la regola già detta del contributo, sia che concorrano diversi cessionarj dello stesso credito ceduto in distinte porzioni in diversi tempi, sia che concorra il cessionario di un credito ceduto in parte collo stesso cedente creditore del residuo. Ma si farà luogo al contributo anche quando il credito sarà stato ceduto colla promessa della esigibilità, o pure in questo caso il primo cessionario, a cui fu garantita con un patto speciale la solvibilità del debitore, dovrà essere preferito al suo cedente creditore del residuo, ed anche ai secondi cessionarj, a cui furono cedute le restanti porzioni del credito?

Il De-Olea quando insegna doversi ammettere il contributo tra il cessionario ed il cedente, non che tra i diversi cessionarj fra loro, suppone che il credito sia stato ceduto senza promessa della esigibilità, come risulta chiaramente dalle sue parole: « Si post factam cessionem de una parte nominis, cedens (*qui*

(1) De cessione Jur., Tit. 6, quæst. 8, n. 27.

debitorem cessum idoneum et locupletem esse non promisit) concurreret cum cessionario,.... indubitatum est eos pro rata esse admittendos (1). » E perciò lo stesso De-Olea, ammessa come massima generale e inconcussa la regola del contributo detta di sopra, dichiara non essere applicabile al caso, in cui il creditore cedente ha promesso al primo cessionario la esigibilità del credito: « Quam verissimam sententiam limitabis primo, si cedens primo cessionario cum hypotheca bonorum promisit, debitorem cessum idoneum et solvendo esse (2). » Ora perchè il De-Olea alla regola generale del contributo fa la limitazione, a cui accennano le parole ora riportate? Perchè suppone che il cedente abbia fatta la cessione del credito promettendone la esigibilità *cum hypotheca bonorum*, la quale secondo il Gius antico abbracciava tutti i beni del debitore corporali ed incorporali. Quando la promessa della esigibilità fu fatta, come suppone il De-Olea, *cum hypotheca bonorum*, è chiaro che il cessionario primo deve essere preferito sì al cedente creditore del residuo come ai successivi cessionarj per la ragione indicata dallo stesso De-Olea, cioè perchè l'ipoteca generale, onde fu garantita la esigibilità al primo cessionario, si estende altresì al residuo del credito, il quale, o rimanga in proprietà dello stesso cedente o passi in mano di altri cessionarj, resta vincolato a garanzia della esigibilità promessa al primo cessionario: « Cum residuum nominis, quod apud eum manet, sit primo cessionario pro securitate obligatum, nec ipse cedens, nec ejus secundus cessionarius, si cum primo concurrant, quidquam ex nomine cesso consequi poterunt, quousque primo cessionario sit plene satisfactum (3). » Ma questa limitazione non potrebbe seguirsi, allorchè al primo cessionario fu garantita la esigibilità con semplice obbligazione personale. In questo caso di un credito ceduto in parte colla promessa semplice della esigibilità, mi pare doversi fare la seguente distinzione. O il cessionario trovasi in concorso collo stesso cedente, e questi allora non potrà contrastare al suo cessionario, a cui garantì la esigibilità del credito, il diritto di prelazione; perchè se il detto cessionario ha il diritto di agire con azione personale contro il cedente per l'adempimento del patto della esigibilità del ceduto credito, non

(1) Tit. 6, quæst. 8, n. 22.
(2) Tit. 6, quæst. 8, n. 24.
(3) Tit. 6, quæst. 8, n. 24.

può non avere il diritto altresì di opporsi al contributo, giusta il principio stabilito dalla L. 156, § 1, D. *De div. reg. Jur.*, che accorda sempre il diritto di eccepire a chi ha il diritto di agire: « Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. » O il cessionario primo trovasi in conflitto e in concorso di un secondo cessionario, a cui fu ceduto il residuo del credito, e in questo caso non essendo il detto residuo del credito stato assoggettato a pegno a favore del primo cessionario, ed essendo passato libero ed immune da qualunque vincolo ed onere nel secondo cessionario, non vi sarebbe una ragione per accordare un diritto di prelazione al primo, ma dovrebbero amendue, giusta la regola generale detta di sopra, essere pagati per contributo sulle sostanze del debitore ceduto, salvo il diritto al primo cessionario di agire contro il suo cedente per la esecuzione della promessa della esigibilità.

Contro la distinzione da me fatta potrebbe opporsi la disposizione della L. 175, § 1, D. *De div. reg. Jur.*, la quale dichiara che il successore non deve essere più favorito del suo autore: « Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus, a quo jus in me transit. » All' appoggio del principio stabilito da questa Legge potrebbe dirsi, che se il cedente creditore del residuo non può contrastare la prelazione al suo cessionario a cui promise la esigibilità della ceduta porzione del credito, nè pure sarà in diritto il secondo cessionario di contrastare questo diritto di prelazione al primo cessionario. Ma è facile il rispondere a questa obiezione. Per qual ragione il cedente creditore del residuo non può contrastare la prelazione al suo cessionario, a cui garantì la esigibilità? Perchè esso cedente si è reso responsabile con un patto espresso della esigibilità del credito, ed il cessionario in forza del detto patto ha azione personale contro lo stesso cedente per ripetere il compimento di ciò che non avesse potuto ottenere dalle sostanze del debitore ceduto. Ma quando il cedente cede ad un secondo cessionario il residuo credito, questo secondo cessionario diviene, come il primo, proprietario della porzione cedutagli del credito, che è una proprietà alienabile non vincolata, come si disse, a pegno a favore del primo cessionario; e come in questo secondo cessionario, che è un semplice successore particolare, non passano le obbligazioni dal cedente assunte verso il primo cessionario per la garanzia della esigibilità, così nessuna ragione

od eccezione potrebbe in faccia al secondo cessionario non responsabile della esigibilità promessa dal cedente mettere in campo il primo cessionario per essere al medesimo preferito.

513. Se i cessionarj di un credito ceduto in più volte in distinte porzioni devono essere, come si è detto, pagati per contributo sulle sostanze del debitore ceduto, senza alcun riguardo alla data delle rispettive cessioni, per la stessa ragione dovranno essere pagati per contributo tutti coloro che furono surrogati nelle ragioni di un creditore dimesso coi loro denari. Imperocchè la surroga quanto all'esercizio dei diritti spettanti al creditore dimesso, o si tratti di surroga legale o convenzionale, non è diversa dal vero contratto di cessione per la ragione indicata nella L. 5, § 2, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur:* « Manent omnes obligationes integræ, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. » Se dunque Tizio è creditore di Cajo di lire 10 mila, e Cajo paga in conto 5 mila lire coi denari somministratigli da Giulio che viene surrogato nelle ragioni di Tizio, e dopo qualche tempo paga le restanti lire 5 mila coi denari somministratigli da Lucio, che viene esso pure surrogato nelle ragioni del creditore Tizio, i due somministranti Giulio e Lucio surrogati in diversi tempi nelle ragioni di Tizio dimesso coi denari da loro somministrati, aprendosi un giudizio di concorso sui beni del debitore Cajo, verranno in forza della surroga collocati nello stesso grado che sarebbe stato assegnato al primitivo creditore Tizio, e, non bastando i beni ad una intera soddisfazione, pagati per contributo (1). Viene in conferma di questa massima la disposizione della L. 7, D. *Qui pot. in pign.,* la quale ammette il contributo tra due pupilli, coi denari dei quali fu comprata una cosa: « Quare si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quæ in pretium rei fuerint expensæ. »

514. Più sopra abbiamo contemplato il caso di un creditore che a titolo lucrativo od oneroso con un vero e proprio contratto di cessione cede una porzione sola del suo credito, e si è detto che venendo esso in conflitto pel residuo credito sui beni del debitore ceduto col suo cessionario, devono l'uno e l'altro essere pagati per contributo. Ma questa massima, che corre nel caso di un vero e proprio contratto di cessione di un credito ceduto in

(1) Troplong, art. 2112, n. 379.

parte a titolo oneroso o lucrativo, non può aver luogo nel caso di una surroga ottenuta da un terzo che pagò con denari proprj una porzione di un debito altrui. In questo caso tutti gl' Interpreti del Diritto Romano sono concordi nell' insegnare che il creditore surrogante è sempre pel residuo credito preferito al terzo che ottenne la surroga parziale. Dice anzi il Brunemanno commentando la L. 24, § ult. D. *De reb. auct. jud. poss.*, che il terzo che paga il debito altrui non può essere surrogato nelle ragioni del creditore se questi non è interamente soddisfatto: « Cujus pecunia ad creditores privilegiatos pervenit, is in eorum locum succedit.... Sed quid si non totum debitum anteriori creditori solutum, et partem pecuniæ a me creditæ in alios usus converterit debitor, an possum cum creditore, cui succedere volui, concurrere in hypotheca? Negatur, quia pignoris causa individua est, et sic donec aliquid anteriori debeatur, non possum ei surrogari. » Ripete lo stesso principio il Brunemanno commentando la L. 1, C. *De his qui in prior. cred. loc. succed.*, e si riporta all' autorità del Mevio: « Sed quæritur, si hoc actum, ut creditor dimitteretur, sed non tota pecunia debita ei fuit soluta, forte, quia debitor pecuniam in hunc finem ab extraneo mutuo acceptam non totam creditori hypothecario solvit, sed partem pecuniae in alium vertit usum, an eo casu in hypotheca concurrit is, qui pecuniam in hunc finem credidit? Quod negat Maevius. »

515. Anche i Compilatori del Codice Napoleone appoggiati al principio proclamato dal Dumoulin (1) — *Nemo videtur cessisse contra se* — dichiararono nell'articolo 1252, che il subingresso stabilito negli articoli 1249, 1250 e 1251, ossia tanto il subingresso *convenzionale* quanto il *legale*, non può nuocere al creditore, quando questi non fu pagato che in parte; e che in tale caso egli può far valere le sue ragioni, per il restante che gli è dovuto, in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale.

Quando il creditore a titolo o lucrativo od oneroso cede ad un cessionario una parte del suo credito con un vero e proprio contratto di cessione, la detta presunzione legale, sulla quale si fonda la disposizione del detto articolo 1252, non potrebbe invocarsi dal cedente per essere preferito pel residuo credito al suo cessionario. Imperocchè chi aliena una porzione del suo credito

(1) De usuris, quæst. 89, n. 670.

intende di alienare rispetto alla quota ceduta gli stessi diritti di cui esso cedente trovasi investito, e di far socio o condomino il cessionario nella proprietà del credito, e parimenti il cessionario intende di acquistare gli stessi diritti e di essere messo al posto del cedente. Perciò la disposizione dell'articolo 1252, che riguarda esclusivamente il subingresso legale o convenzionale ottenuto da un terzo che pagò una porzione del debito altrui, e che sui beni del debitore trovasi in concorso col creditore, a cui è dovuto il residuo, non potrebbe in alcuna maniera applicarsi al cedente, che trovasi in concorso col suo cessionario, a cui fu ceduta una porzione del credito, sui beni del ceduto debitore. Il creditore, che riceve da un terzo il pagamento di una porzione del suo credito, non ostante la surroga da lui medesimo accordata, è sempre in diritto di essere pagato del residuo con preferenza al surrogato in forza della chiara disposizione del citato articolo 1252. Al contrario il creditore, che aliena a titolo lucrativo od oneroso una porzione del suo credito ad un terzo, deve per le ragioni già dette essere pagato del residuo per contributo col suo cessionario. Veggano adunque i Notari quanto debbano essere cauti ed esatti allora che si rogano degli atti, onde un creditore riceve da un terzo il pagamento di una porzione del suo credito. Imperocchè secondo che all'atto si dà il carattere di una vera cessione di credito, o pure di un pagamento con subingresso, le conseguenze sono diverse. A ragione pertanto esclama a questo proposito il Duranton: « Il importe donc de bien distinguer la nature de l'acte qu'ont entendu faire les parties; de voir si c'est un simple payement de partie de la créance avec subrogation mal à propos qualifiée cession, ou si c'est, au contraire, un véritable transport, une véritable vente d'une partie de la créance, à laquelle on aurait donné sans nécessité la qualification de subrogation (1). »

516. Può darsi il caso che il creditore, che ha ricevuto da un terzo, surrogato nelle ragioni di lui, un parziale pagamento del suo credito, ceda ad un altro il residuo con un vero e proprio contratto di cessione. In questo caso le ragioni del creditore appartengono per una parte al terzo che pagò a fronte della surroga una porzione del credito, e pel rimanente al cessionario. Questi due, cioè il surrogato ed il cessionario, saranno pagati per contributo, o pure il cessionario del residuo sarà preferito al terzo

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 228.

che pagando una porzione del credito fu surrogato nelle ragioni del creditore? Se il creditore, invece di cedere il residuo mediante un vero contratto di cessione, fosse stato anche di detto residuo soddisfatto da un terzo qualunque, il quale avesse, come il primo, ottenuta la surroga, è certo per le ragioni già dette che amendue i surrogati, come quelli che acquistarono le stesse ragioni e perciò eguali diritti, dovrebbero essere pagati per contributo. Nè l'ultimo surrogato potrebbe, per essere preferito al primo, invocare il diritto di prelazione accordato dal già citato articolo 1252 al creditore a cui è dovuto il residuo del credito. Imperocchè la presunzione — *nemo videtur cessisse contra se,* — sulla quale è fondata la disposizione del detto articolo 1252, vien meno e svanisce nello stesso momento che il creditore è pagato del residuo dall'ultimo surrogato. Ma quando il creditore, come noi abbiamo supposto, cede con un vero contratto di cessione il residuo suo credito ad un suo cessionario, questi in concorso del terzo surrogato, che pagò una porzione del credito, non può non avere il diritto di godere della prelazione che il citato articolo 1252 accorda al suo cedente; e ciò perchè il detto cessionario rappresenta la persona del cedente e ne esercita tutti i diritti (1). Se il creditore, il quale non fu pagato che in parte, può far valere in forza del più volte citato articolo 1252 le sue ragioni per il restante che gli è dovuto in preferenza a quello da cui non ha ricevuto che un pagamento parziale, anche il suo cessionario investito degli stessi diritti, che lo rappresenta e ne fa le veci, deve godere della stessa prelazione. Il residuo credito in faccia ai terzi, e così in faccia anche al surrogato che pagò una porzione dello stesso credito, è sempre vivo non ostante la cessione come se la cessione stessa non fosse avvenuta, la quale non produce altro risultato che di cambiare il nome del creditore di detto residuo. E se il residuo credito, non ostante la cessione, è sempre da pagarsi, o sia questo dovuto all'originario creditore o ad un suo cessionario, la disposizione dell'articolo 1252 deve avere il pieno suo effetto.

517. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete nell'articolo 1998 la disposizione dell'articolo 2112 del Codice Napoleone, ed anche negli articoli 1202, 1203, 1204, 1205, che riguardano la materia della surrogazione, ripete parola per parola le massime

(1) N. 325 e 326, pag. 44.

stabilite negli articoli 1249, 1250, 1251 e 1252 del Codice Napoleone.

518. La disposizione dell'articolo 2112 del Codice Napoleone è pur ripetuta nell'articolo 2156 del Codice di Parma, il quale sulla materia del subingresso convenzionale e legale ripete altresì negli articoli 1226, 1227, 1228 e 1229 le disposizioni degli articoli 1249, 1250, 1251 e 1252 del lodato Codice Napoleone.

519. Anche il Codice di Sardegna ripete nell'articolo 2212 la disposizione dell'articolo 2112 del Codice Napoleone, e negli articoli 1339, 1340, 1341 e 1342 le disposizioni dei citati articoli 1249, 1250, 1251 e 1252 del Codice Napoleone relativi alla materia del subingresso.

520. Sebbene il Regolamento Ipotecario Pontificio sotto i capitoli che trattano dei privilegi non abbia alcuna disposizione riguardante la cessione dei crediti privilegiati, è però per identità di ragione ed anzi a più forte ragione ai medesimi applicabile quella del § 115, il quale dichiara, che la ipoteca iscritta o non iscritta può essere ceduta ad altre persone, ma che la cessione o traslazione non produce effetto se non viene ceduto il credito ipotecario. Dico *a più forte ragione*, perchè il privilegio che è indipendente dalla volontà dei contraenti, è talmente inerente e attaccato alla qualità del credito, che non può dal medesimo scompagnarsi e dividersi.

521. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* in piena conformità dell'articolo 2112 del Codice Napoleone stabilisce anch'esso nell'articolo 53, che il cessionario del credito privilegiato subentra di pieno diritto nel privilegio del cedente, e ne gode ad ogni effetto.

Quanto poi al subingresso, dispone nell'articolo 186, il quale s'accorda coll'articolo 1251 del Codice Napoleone, che il subingresso legale nei diritti ed ipoteche del creditore dimesso compete: 1° al possessore dell'immobile che abbia estinto il debito ipotecario validamente inscritto sull'immobile stesso di cui fece acquisto, egualmentechè all'altro che sopportasse la vendita coatta, o rilasciasse il fondo ipotecato per ottenere la rivalsa di ragione sopra i beni del principal debitore; 2° a quello che ha estinto il debito cui era obbligato con altri e per altri; 3° all'erede beneficiato che con i proprj assegnamenti ha dimessi i debiti ereditarj; 4° al creditore ipotecario che ha dimesso altro creditore anteriore o privilegiato.

Più sopra (1) parlando del subingresso che l'articolo 1251 n° 1° del Codice Napoleone accorda a vantaggio di colui che essendo egli stesso creditore paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche, abbiamo tenuto discorso della questione a cui ha dato luogo la detta disposizione, se cioè il subingresso competa anche ad un creditore chirografario che paga un creditore ipotecario o privilegiato. Questa questione è stata saviamente tolta dal citato articolo 186 della Legge Toscana, la quale richiamando in vigore la massima stabilita dalle Leggi Romane, le quali, come osserva il Brunemanno (2), consideravano il creditore chirografario come un estraneo qualunque, accorda semplicemente il subingresso legale *al creditore ipotecario*, che ha dimesso altro creditore anteriore o privilegiato.

Il creditore che ha una ipoteca generale anteriore ha diritto di essere preferito, come dichiara la L. 2, D. *Qui pot. in pign.*, al creditore che ha una ipoteca speciale posteriore sopra uno degli immobili colpiti dalla ipoteca generale: « Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex cætero pecuniam suam redigere possit. » E il Brunemanno commentando la Legge ora citata insegna che il creditore avente l'ipoteca generale anteriore ha tutto il diritto di scegliere per farsi pagare l'immobile specialmente ipotecato al secondo creditore: « Cui generaliter bona debitoris obligata erant, poterit eligere rem alteri specialiter obligatam, quia debitor per specialem posteriorem hypothecam prioris jus minuere non potuit, nec hoc fraudi est posteriori creditori specialem hypothecam habenti, qui habet jus offerendi. » Ora la Legge Ipotecaria Toscana volendo provvedere all' interesse del creditore, la cui ipoteca speciale è vinta da un' ipoteca generale anteriore, saviamente dispone nell' articolo 187, che il creditore con ipoteca speciale vinto dai creditori anteriori con ipoteca estesa alla universalità dei beni del debitore, subentra per ministero della legge nei diritti ed ipoteche spettanti al creditore o creditori evincenti sopra gli altri immobili del debitore, per l'effetto unico di essere preferito sul prezzo di questi immobili ai creditori posteriori in data alla di lui inscrizione; e dichiara inoltre che lo stesso diritto

(1) N. 503, pag. 368.
(2) Ad L. 5, C. *De solut. et liber.*

competerà sugli altri fondi del debitore a quei creditori speciali, che rimangono pregiudicati dal subingresso del creditore speciale, di cui si è detto di sopra.

Queste sono, riguardo al subingresso, le massime stabilite dal lodato Motuproprio Toscano, il quale chiude il capitolo decimoterzo che tratta *del subingresso legale* col dichiarare nell' articolo 189, che fuori dei casi contemplati nel detto capitolo non compete subingresso quando non sia stato convenuto espressamente dalle parti.

522. Si è detto più sopra che sebbene la cessione sia diversa dalla surroga, la disposizione dell' articolo 2112 è altresì applicabile ai surrogati, perchè anche questi non meno dei cessionarj hanno il diritto di esercitare le azioni personali e reali del creditore dimesso, nelle cui ragioni subentrarono. Perciò il Progetto Vatimesnil nel ripetere nell' articolo 2150 la disposizione dell' articolo 2112 del Codice Napoleone contemplava espressamente tanto i cessionarj, quanto le persone che furono surrogate nei diritti di un creditore. Il detto articolo pertanto, che dall' Assemblea fu pienamente approvato (1), era concepito nei seguenti termini: « Le cessionaire de toute créance privilégiée ou hypothécaire, *et la personne valablement subrogée dans la dite créance*, exerceront sur l'immeuble les mêmes droits que le cédant ou subrogeant.

» Le cessionnaire ou subrogé par acte authentique pourra faire faire mention, en marge de l'inscription prise par son auteur, du titre par le quel la cession ou *subrogation* aura été effectuée. L'effet de cette mention sera d'empecher que postérieurement à sa date, l'inscription ne puisse être rayée au préjudice du cessionnaire ou subrogé. »

Il cessionario e il surrogato possono, come si disse (2), giovarsi della iscrizione accesa dal cedente e dal surrogante senza bisogno di farne in loro nome una nuova. Tuttavia la prudenza, come osserva il Troplong (3), consiglia il cessionario e il surrogato a premunirsi contro la mala fede del cedente e del surrogante, i quali d' accordo cogli altri creditori posteriori potrebbero

(1) Moniteur, 21 février 1851, n. 52.
(2) N. 510, pag. 391.
(3) Art. 2112, n. 377.

rilasciare un atto di adesione alla cancellazione della iscrizione del credito già ceduto o pagato dal terzo che ottenne la surroga. È per questo motivo che il citato articolo del Progetto Vatimesnil accordava il diritto al cessionario e al surrogato di domandare al Conservatore delle Ipoteche, che fosse fatta menzione dell' atto di cessione o di surroga in margine della iscrizione accesa dal loro autore.

523. La disposizione dell'articolo 2112 del Codice Napoleone, la quale non è che la conferma della L. 177, D. *De div. reg. Juris:* « Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet; » trovasi pur ripetuta nell' articolo 2148 del Codice di Modena nei seguenti termini: « *Tutti i cessionarj di queste diverse specie di crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni de' cedenti in loro luogo e vece.* »

Anche le massime, riguardanti la materia del subingresso, stabilite negli articoli 1249, 1250, 1251 e 1252 del Codice Napoleone vennero dai Compilatori del Codice di Modena confermate e ripetute negli articoli 1304, 1305, 1306 e 1307. Dispone l'articolo 1304, che il subingresso nei diritti del creditore a favore di un terzo, che lo paga, è *convenzionale* o *legale;* e quanto al subingresso convenzionale, stabilisce l' articolo 1305, che il subingresso è *convenzionale,* 1° quando il creditore, ricevendo il pagamento da una terza persona, la surroga nei suoi diritti contro il debitore; 2° quando il debitore prende ad imprestito una somma, ad oggetto di pagare il suo debito e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Ma nel primo caso la surrogazione deve essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento; e nel secondo caso per la validità della surrogazione, la quale si opera senza il concorso della volontà del creditore, è d' uopo che l' atto di prestito e la quietanza si facciano per atto autentico notarile, che nell' atto di prestito si dichiari che la somma fu presa ad imprestito per fare il pagamento, e che nella quietanza pure si dichiari che il pagamento è stato fatto con i denari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Quanto poi al subingresso *legale,* dispone l'articolo 1306, che il subingresso *legale* si verifica ed opera di pien diritto, 1° a vantaggio di colui che, essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche; 2° a vantaggio dell' acquirente di un im-

mobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo è ipotecato, *ma però ristrettivamente a questo;* 3° a vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, ha interesse di soddisfarlo; 4° a vantaggio dell' erede beneficiario che ha pagato coi proprj denari i debiti ereditarj.

Abbiamo detto (1) che l'articolo 1251 n° 1° del Codice Napoleone ha fatto nascere la questione, intorno alla quale non sono concordi le opinioni degl' Interpreti, se il creditore chirografario che paga un creditore privilegiato od ipotecario possa godere del subingresso legale accordato dal detto articolo 1251 n° 1° a colui che essendo egli stesso creditore paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi od ipoteche. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1204 n° 1°, il Codice di Parma nell' articolo 1228, e il Codice di Sardegna nell' articolo 1341 n° 1°, ripetendo letteralmente la citata disposizione dell' articolo 1251 n° 1° del Codice Napoleone, hanno lasciato aperto il campo allo stesso dubbio. Il Sovrano Motuproprio *sopra i privilegi e le ipoteche* di Leopoldo Secondo Granduca di Toscana non lasciò luogo a questa difficoltà colla disposizione dell' articolo 186 n° 4°, già citato (2), il quale accorda espressamente il subingresso legale al creditore *ipotecario* che ha dimesso altro creditore anteriore o privilegiato. Ma il Codice di Modena ripetendo anch' esso, ad imitazione dei Codici delle Due Sicilie, di Parma e di Sardegna, la citata disposizione dell' articolo 1251 n° 1° del Codice Napoleone, ha lasciato aperto il campo all' accennato dubbio, intorno al quale discordano, come si disse (3), il Grenier ed il Troplong (4). Io d' accordo col Toullier e col Troplong sono convinto che le generali espressioni dell' articolo 1251 n° 1° del Codice Napoleone si estendano a qualunque creditore anche chirografario non ostante la contraria massima del Diritto Romano, che accordava il gius di offrire al solo creditore ipotecario posteriore, negandolo al creditore chirografario considerato come un estraneo qualunque, e non trovo nell' articolo 1306 n° 1° del Codice Estense alcuna

(1) N. 503, pag. 368.
(2) N. 521, pag. 402.
(3) N. 503, pag. 368.
(4) Troplong, art. 2112, n. 356.

espressione che mi faccia ricredere della opinione già sopra manifestata (1), che qui nuovamente confermo anche in ordine al detto articolo 1306 n° 1° del Codice di Modena.

Ad una questione di ben più alta importanza, di cui abbiamo già tenuto discorso (2), diede luogo la disposizione dell'articolo 1251 n° 2° del Codice Napoleone; cioè se l'acquirente d'un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori, a favore dei quali il fondo era ipotecato, sia surrogato in tutti i privilegi ed ipoteche del creditore dimesso gravitanti su altri beni oltre quello dallo stesso acquirente posseduto. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1204 n° 2°, il Codice di Parma nell'articolo 1228, e il Codice di Sardegna nell'articolo 1341 n° 2°, i quali ripetono la disposizione dell'articolo 1251 n° 2° del Codice Napoleone, ed anche il Motuproprio Toscano nel già citato articolo 186 n° 1° lasciarono viva la stessa questione. Sono perciò da lodare grandemente i Compilatori del Codice di Modena, i quali non contenti di stabilire nell'articolo 1306 n° 2° che il subingresso legale si verifica ed opera di pien diritto *a vantaggio dell'acquirente di un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare i creditori a favore dei quali il fondo è ipotecato,* aggiunsero la dichiarazione limitativa e ristrettiva: *ma però ristrettivamente a questo.* Colla quale provvidissima dichiarazione fu ridotto e ristretto il subingresso legale accordato all'acquirente entro i limiti voluti dall'equità e dall'interesse generale, ossia alle sole ipoteche e privilegi gravitanti sull'immobile, col cui prezzo furono pagati i creditori ipotecarj o privilegiati. Il Troplong confutando una sentenza già da noi citata della Corte di Bourges del 10 luglio 1829, la quale ristrinse la surroga attribuita ad un acquirente, che pagò creditori aventi ipoteca sull'immobile acquistato, alla sola ipoteca che colpiva lo stesso immobile, così si esprime: « Elle s'est laissée influencer par d'anciens principes, qui restreignaient la subrogation, tandis que la nouvelle législation lui donne une *salutaire* extension (3). » Anch'io, come ho detto quando ho tenuto discorso dell'accen-

(1) N. 503, pag. 368.
(2) N. 507, pag. 377.
(3) Art. 2112, n. 359.

nata questione, sono d'accordo col Troplong, sebbene per motivi diversi dai suoi, che la surroga accordata dall'articolo 1251 n° 2° del Codice Napoleone sia generale e si estenda a tutte le ipoteche e privilegi spettanti al creditore dimesso dall'acquirente; ma una tale estensione lungi dal dirla *salutare,* io non dubito di chiamarla pestilenziale. E tale è veramente, perchè reca un immenso danno al povero debitore che vende uno o più fondi per isgravare dai debiti e pesi ipotecarj il resto del suo patrimonio, e perchè convertendo le ipoteche di crediti esigibili a tempo in altrettante ipoteche di evizione, che sono alla facilità delle contrattazioni le più nocive, non può non essere fatalissima al credito fondiario. La disposizione dell' articolo 1306 n° 2° del nuovo Codice Estense, la quale ha il merito di avere troncata una delle più importanti questioni lasciate dal Codice Napoleone, restringendo la surroga legale accordata all'acquirente alle sole ipoteche gravitanti sul fondo dal medesimo acquistato, mentre protegge e difende i giusti diritti del nuovo proprietario, non nuoce nè al venditore, nè ai terzi; ed è a desiderare per l'interesse del credito fondiario che i Notari ispirati da una tale saggissima disposizione, qualunque volta si faranno a rogar atti di vendita con pagamento di prezzo ai creditori dell'alienante, restringano e contengano la surroga convenzionale concessa dai creditori dimessi entro i giusti limiti onde i Compilatori del lodato Codice restrinsero, mossi da viste di pubblico interesse, la surroga legale.

Finalmente anche il Codice di Modena, ad imitazione degli articoli 1252 del Codice Napoleone, 1205 del Codice del Regno delle Due Sicilie, 1229 del Codice di Parma, e 1342 del Codice di Sardegna, dispone nell'articolo 1307, che il subingresso stabilito nei precedenti articoli 1304, 1305 e 1306 ha luogo tanto contro i fidejussori, quanto contro i debitori; che esso non può nuocere al creditore, quando questi non fu pagato se non che in parte; e che in tal caso egli può far valere le sue ragioni, pel restante che gli è dovuto, in preferenza a quello da cui non ha ricevuto se non che un pagamento parziale.

Articolo 2113.

Tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'inscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni superiormente prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia d'essere ipotecarj; ma l'ipoteca, relativamente ai terzi, si misura soltanto dall'epoca delle inscrizioni, le quali dovranno farsi come sarà in appresso stabilito.

524. Per Gius Romano, come si disse nel primo volume (1), i creditori si distinguevano in due principali classi, l'una dei creditori chirografarj muniti di semplice azione personale, l'altra dei creditori ipotecarj aventi un diritto reale sui beni del debitore; ma ognuna di queste classi comprendeva sotto di sè due distinte categorie. Imperocchè sotto la classe dei creditori chirografarj cadevano i chirografarj semplici ed i chirografarj privilegiati, e quella dei creditori ipotecarj abbracciava le ipoteche semplici e le ipoteche privilegiate. Dice perciò il Vinnio (2): « Creditorum alii sunt *chirografarii*, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii *hypothecarii:* et in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri et simplices, vel chirografarii, vel hypothecarii. »

Il Codice Napoleone forma non due, ma tre principali classi di creditori, cioè i chirografarj, gl'ipotecarj, ed i privilegiati. La classe dei chirografarj non ammette, come quella del Diritto Romano, categorie subalterne, perchè tutti i creditori chirografarj hanno diritti eguali, e sono, come prescrive l'articolo 2093, pagati per contributo. Nè pure ammette categorie subalterne distinte la classe degli ipotecarj, perchè sebbene le ipoteche siano diverse quanto all'origine, essendo o legali, o giudiziali, o convenzionali; ed anche quanto alla estensione, essendo o generali o speciali; tutte però sono eguali quanto all'intrinseca natura ed essenza del diritto reale, e producono gli stessi effetti. Ma la classe dei cre-

(1) N. 26, pag. 28.
(2) Selectar. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 1.

ditori privilegiati comprende sotto di sè due distinte categorie, quella cioè dei privilegi costituiti sopra beni mobili, di cui si tenne discorso nel primo volume, e l'altra dei privilegi costituiti sopra beni immobili, di cui nel presente abbiamo fatto parola. I privilegi costituiti sopra i mobili sono essenzialmente diversi dalle ipoteche, le quali possono gravitare soltanto sopra i beni immobili. Al contrario i privilegi costituiti sopra gl'immobili hanno molta affinità colle ipoteche legali, in quantochè sì queste come quelli derivano dalla volontà e dal favore della legge, sono un diritto reale esercibile contro i terzi possessori, e gravitano sopra cose della stessa natura, ossia sopra i beni immobili.

In che propriamente il privilegio differisce dalla ipoteca legale? Nel diritto di prelazione al medesimo attribuito sopra qualunque ipoteca. Ond'è che senza tema di errore si può stabilire, due essere gli elementi che costituiscono l'intrinseca natura ed essenza dei privilegi gravitanti sopra gl'immobili, cioè un diritto reale che si risolve in una ipoteca legale, non che il gius di prelazione, al medesimo inerente, sopra qualunque ipoteca semplice. Ma sebbene in forza di questi due elementi che l'essenza compongono dei privilegi costituiti sopra gl'immobili, questi privilegi somiglino all'ipoteca privilegiata romana, non sono però con questa a confondersi. Imperocchè le ipoteche privilegiate romane, come osservai nel primo volume (1), erano vere ipoteche o legali o convenzionali, a cui la legge per un favore speciale attribuiva il diritto di essere preferite a qualunque ipoteca semplice; laddove i privilegi sugli immobili del Codice Napoleone hanno una natura loro propria distinta dalle ipoteche, sono interamente creati dalla legge, e il diritto di prelazione, di cui essi godono, non è una proprietà accessoria, com'era il diritto di prelazione dalle Leggi Romane accordato ad alcune ipoteche o legali o convenzionali, che perciò si chiamavano privilegiate, ma è una prerogativa essenzialmente inerente al diritto reale loro proprio. Non ostante la differenza che passa fra i privilegi sugli immobili creati dal Codice Napoleone e le ipoteche privilegiate romane, nelle quali l'elemento della ipoteca o legale o convenzionale era il fondamento del diritto di prelazione alle medesime accordato dal favore della legge, anche nei

(1) N. 40, pag. 41.

privilegi sugli immobili, come or ora si è detto, l' elemento del diritto reale stabilito dalla legge, che si risolve perciò in una ipoteca legale, concorre a costituire l' essenza complessa di quel diritto avente una sua propria natura diversa da tutte le ipoteche che chiamasi *privilegio,* e i privilegi del Codice Napoleone costituiti sugli immobili producono gli stessi effetti delle ipoteche privilegiate romane, le quali erano preferite non solo alla classe dei creditori chirografarj, ma altresì a tutte le ipoteche semplici senza alcun riguardo alla loro data. Queste poche e semplici osservazioni sulla intrinseca natura ed essenza dei privilegi costituiti sugli immobili e sugli elementi che la compongono spiegano il perchè l' articolo 2113 conserva ai privilegi, pei quali non furono osservate le norme prescritte dalla legge per la loro conservazione, il carattere e le prerogative delle semplici ipoteche legali. Le ipoteche privilegiate romane quando venissero spogliate della prerogativa a loro attribuita per uno speciale favore di legge di essere alle ipoteche semplici preferite, prerogativa che loro dà il carattere di ipoteche privilegiate, rimarrebbero ipoteche semplici, o legali o convenzionali, subordinate come tutte le altre ipoteche semplici alla regola: *qui prior est in tempore, est potior in jure.* Dico che rimarrebbero ipoteche semplici o *legali* o *convenzionali.* Imperocchè il carattere di ipoteca privilegiata, come ho detto altre volte (1), era dalle Leggi Romane attribuito non solo ad alcune ipoteche legali, ma altresì ad alcune ipoteche convenzionali; e queste ultime, elevate al grado di ipoteche privilegiate, non altro ricevevano dal favore della legge che il diritto di prelazione. L'ipoteca, al contrario, nella quale si convertono i privilegi del Codice Napoleone, è necessariamente legale. Avendo adunque l' articolo 2113 conservato ai privilegi, pei quali non furono osservate le condizioni dalla legge prescritte per la loro conservazione il carattere di crediti ipotecarj, era anche giusto che il grado di questi privilegi convertiti in semplici ipoteche legali dovesse relativamente ai terzi, come dispone il citato articolo 2113, misurarsi soltanto dall' epoca delle inscrizioni, e ciò coerentemente alla massima stabilita dall' articolo 2134, secondo il quale l'ipoteca tanto legale, quanto giudiziale o convenzionale, non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell' inscrizione fatta eseguire dal cre-

(1) Vol. 1, n. 40, pag. 41. Vol. 2, n. 318, pag. 35.

ditore sui registri del Conservatore nella forma e nel modo prescritti dalla legge.

525. Quali pertanto saranno le conseguenze della disposizione dell'articolo 2113, quando se ne faccia l'applicazione ai diversi privilegi sopra mentovati?

Se si tratta del venditore, al quale non fu assegnato alcun termine a dare pubblicità al suo privilegio, la disposizione del citato articolo 2113 riesce assolutamente inapplicabile. Imperocchè, finchè l'immobile venduto è nelle mani del compratore, e, nel caso di una seconda alienazione dello stesso immobile fatta dal primo compratore, sino al termine dei quindici giorni dalla trascrizione del secondo contratto, il venditore, come si disse (1), è sempre in tempo a dare pubblicità al suo privilegio e a conservarlo nella sua integrità e colle sue prerogative. Quando sono scaduti i quindici giorni dalla trascrizione del secondo contratto, il venditore primo non può più conservare il suo privilegio, perchè il fondo ne è rimasto purgato in mano del terzo possessore; e per la stessa ragione che scaduti i quindici giorni dalla trascrizione fatta dal secondo acquirente il primo venditore non può più conservare il suo privilegio, non potrebbe più iscrivere il suo credito come credito ipotecario, perchè in forza dell'articolo 834 del Codice di Procedura i fondi rimangono purgati tanto dai privilegi quanto dalle ipoteche non iscritte entro il termine di quindici giorni dalla trascrizione fatta dal terzo possessore. Se dunque il venditore perde il suo privilegio quando non si può più sull'immobile venduto, già passato in mano di un secondo alienatario, accendere alcuna iscrizione, è chiaro che la disposizione dell'articolo 2113 non potrà mai essere applicabile e giovare al venditore che mancò d'iscrivere, finchè era in tempo, ossia entro i quindici giorni dalla trascrizione fatta dal secondo alienatario, il suo privilegio.

Lo stesso dicasi del privilegio degli architetti, perchè non essendo nè pure a questi stato assegnato alcun termine ad iscrivere il loro privilegio, perdono il diritto di conservarlo solamente quando il fondo gravato colla scadenza dei quindici giorni dalla trascrizione fatta dal terzo possessore rimase purgato dai privilegi ed ipoteche non inscritte. E quanto al privilegio degli

(1) N. 408 e 409, pag. 117.

architetti mi riporto a ciò che ne ho detto più sopra (1), e a maggiore conferma delle cose dette citerò le seguenti parole del Persil: « Quant au privilège du vendeur, du bailleur de fonds, des architectes, il ne peut jamais se convertir en simple hypothèque, puisque la loi ne leur fixe aucun délai pour requérir la transcription, et que par conséquent ils sont toujours à temps de le rendre public (2). »

Ma se per la ragione or ora detta la disposizione dell' articolo 2113 non è applicabile e non può giovare nè al venditore, nè agli architetti, è al contrario applicabilissima ai coeredi e condividenti; e ciò perchè è ai medesimi assegnato dall' articolo 2109 il termine di sessanta giorni a conservare colla iscrizione il loro privilegio (3). Se pertanto i coeredi lasciano scorrere il termine dei sessanta giorni dall' atto della divisione o della aggiudicazione senza curarsi di accendere la necessaria inscrizione, il loro privilegio rimane irrevocabilmente perduto ed estinto, e non resta agli stessi coeredi e condividenti altro rimedio che di inscrivere, giovandosi della disposizione del citato articolo 2113, l' ipoteca legale, nella quale fu convertito il primitivo diritto di privilegio (4). Così pure se i coeredi, che iscrissero il privilegio entro il termine legale dei sessanta giorni, non rinnovano la iscrizione prima della scadenza del termine di dieci anni dalla data della medesima, il loro privilegio anche in questo caso si rimane estinto, perchè giusta l' articolo 2154 le inscrizioni conservano l' ipoteca od il privilegio per il corso di dieci anni, e cessa il loro effetto, se prima della scadenza di detto termine non si sono rinnovate. Ma potranno i coeredi e condividenti, non ostante la perdita del privilegio per difetto di rinnovazione della iscrizione, accendere colla veste e qualità di creditori ipotecarj una nuova iscrizione all' appoggio del citato articolo 2113, il cui grado si misurerà dalla data della medesima, e questa nuova inscrizione potranno accenderla anche dopo l' alienazione degli immobili gravati, purchè non sia trascorso il termine di quindici giorni dalla trascrizione fatta dal terzo possessore.

(1) N. 453, pag. 273.
(2) Art. 2113, n. 3.
(3) Persil, art. 2113, n. 1.
(4) Troplong, art. 2109, n. 318. Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 5, n. 211.

Per la stessa ragione che la disposizione dell' articolo 2113 è applicabile ai coeredi e condividenti, ai quali fu dall' articolo 2109 assegnato il termine di sessanta giorni ad iscrivere il loro privilegio, non può la medesima non essere altresì applicabile ai creditori ed ai legatarj, che non conservarono entro il termine dei sei mesi stabilito dall' articolo 2111 il privilegio derivante dal benefizio della separazione dei patrimonj, o che non rinnovarono prima della scadenza del decennio la inscrizione del privilegio debitamente accesa. La disposizione dell' articolo 2113, come osserva giustamente il Persil (1), è generale, e deve perciò estendersi anche ai creditori ed ai legatarj che dimandano la separazione dei patrimonj, perchè è loro attribuito dall' articolo 2111 un privilegio da iscriversi entro un determinato termine, cioè di sei mesi dall' aperta successione. Questa disposizione dell' articolo 2113 applicata ai creditori ed ai legatarj di una eredità modifica d' assai gli effetti del benefizio della separazione esercibile secondo l' articolo 880 finchè gl' immobili ereditarj esistono in potere dell' erède. Imperocchè colla inscrizione fatta entro sei mesi dall' aperta successione i creditori del defunto ed i legatarj hanno tutto il diritto di godere in tutta la sua estensione del benefizio della separazione, il quale ha per iscopo di separare la massa dei beni e dei creditori ereditarj dalla massa dei beni e dei creditori dell' erede, come se l' erede non rappresentasse la persona del defunto, e di dare sui beni ereditarj così separati e distinti dai beni dell' erede una preferenza assoluta ai creditori anche chirografarj della eredità ed ai legatarj sopra i creditori personali dell' erede comecchè privilegiati. Al contrario passati i sei mesi senza che i creditori ed i legatarj abbiano accesa l' iscrizione prescritta dall' articolo 2111, il benefizio della separazione, quantunque sia sempre esercibile quando gl' immobili della eredità siano in potere dell' erede, non dà più ai creditori del defunto ed ai legatarj una assoluta preferenza sopra la massa dei creditori personali dell' erede, ma dà semplicemente preferenza, purchè sia inscritto dopo i sei mesi, sopra i creditori chirografarj dell' erede ed anche sopra i creditori ipotecarj dello stesso erede inscritti posteriormente all' inscrizione accesa dopo i sei mesi dall' aperta successione dai creditori del defunto e dai legatarj. Questa limitazione, che porta l' articolo 2113 al benefizio della sepa-

(1) Art. 2113, n. 2.

razione non inscritto entro il termine stabilito dall' articolo 2111, è una conseguenza della conversione del privilegio attribuito al detto benefizio in una semplice ipoteca legale da misurarsi dall'epoca dell'inscrizione (1). Lo stesso Troplong, il quale non vuole che il diritto o benefizio della separazione sia un vero e proprio privilegio « on a fort bien remarqué que c'est improprement que l'on a qualifié du nom de privilège le droit que les créanciers et légataires du défunt ont de demander la séparation des patrimoines (2), » ammette senza esitanza che i creditori del defunto ed i legatarj, che non accesero entro il termine dei sei mesi la iscrizione voluta dall' articolo 2111, passano nella classe dei creditori ipotecarj: « Faute d'avoir rempli cette formalité (cioè quella dell' inscrizione) dans le délai prescrit, les demandeurs en séparation descendraient à la condition des créanciers hypothécaires, et leur rang ne serait fixé qu'à la date de leurs inscriptions (3). »

526. L' articolo 1999 del Codice delle Due Sicilie, l' articolo 2213 del Codice di Sardegna, e il § 101 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj ripetono la disposizione dell'articolo 2113 del Codice Napoleone.

527. Anche l'articolo 2157 del Codice di Parma stabilisce, che tutti i creditori privilegiati, i quali non abbiano notificato il loro privilegio entro i termini prescritti, non lasciano d' avere legale ipoteca *tanto fra loro, quanto in ordine ai terzi*, la quale si misura soltanto dal tempo della notificazione; ed aggiunge inoltre, che i creditori però del defunto acquistano bensì la legale ipoteca, di cui sopra, dal tempo della notificazione *in ordine ai terzi*, ma che *fra di essi* concorrono a termine di ragione. Io tengo per fermo che sebbene la dichiarazione ora accennata non trovisi aggiunta nell' articolo 2113 del Codice Napoleone, la stessa massima debba tenersi anche secondo i principj del detto Codice. Imperocchè l' ipoteca legale, nella quale si converte il privilegio derivante dal benefizio della separazione, non deve fra i creditori del defunto portare maggiori vantaggi e diritti di quelli che nascono dallo stesso privilegio inscritto nel termine dei sei mesi; e siccome il privilegio della separazione debitamente inscritto nel termine dei sei mesi non può avere altro effetto che

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 5, n. 19.
(2) Art. 2111, n. 323.
(3) Art. 2111, n. 325.

di accordare un diritto di prelazione sopra la massa dei creditori personali dell'erede, e non ha forza di alterare e cambiare i rapporti e la condizione dei creditori della eredità fra loro, per la stessa ragione la ipoteca legale, nella quale si converte il privilegio non inscritto nel termine dei sei mesi, non può che attribuire un diritto di prelazione sopra i creditori dell'erede posteriormente inscritti, e non può mai variare e migliorare la condizione e il grado dei creditori dell'eredità fra loro.

528. L'articolo 40 del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* dispone anch'esso che i creditori rivestiti di privilegi che esigono la inscrizione, se non sono solleciti di ottenerla nei termini e nei modi prescritti, gli perdono, e restano colla ipoteca legale attribuita agli stessi loro crediti, la quale però dirimpetto ai terzi non diviene efficace che dal giorno in cui è inscritta. E questa ipoteca legale, a cui accenna il citato articolo 40, è espressamente e. specialmente dall'articolo 65 accordata a ciascuno dei creditori che godono di privilegio sopra gl'immobili in ordine al capitolo 1° § 2°, che tratta *dei privilegi speciali sopra gl' immobili*, e sui beni stessi ai quali si estende il privilegio.

529. Finalmente anche il Codice di Modena, dopo di avere negli articoli 2143 e 2144 assegnato ai coeredi e condividenti e al terzo possessore il termine di quaranta giorni a conservare il loro privilegio, ripete nell'articolo 2145 la massima dell'articolo 2113 del Codice Napoleone: « *Se non è fatta l' inscrizione nel ridetto termine, i creditori non lasciano d' avere legale ipoteca tanto fra loro, quanto in ordine ai terzi, ma questa stessa ipoteca si misura soltanto dal tempo della inscrizione.* »

La disposizione ora citata dell' articolo 2145 del Codice di Modena non è applicabile ai privilegi accordati nell' articolo 2139 al venditore, a quelli che hanno somministrato denaro per l'acquisto d' uno stabile, ai permutanti, e al donante. Imperocchè a questi creditori privilegiati non solo non è dalla legge assegnato alcun termine a conservare colla inscrizione il loro privilegio, ma la trascrizione dell'atto di alienazione rigorosamente voluta dall'articolo 2103 sta per essi in luogo della inscrizione, dalla quale l'articolo 2142 dispensa tutti coloro in pro dei quali deve inscrivere d' uffizio il Conservatore delle Ipoteche giusta il disposto nell' articolo 2109.

Nè pure la detta disposizione dell' articolo 2145 è applicabile al benefizio della separazione, sebbene i creditori ed i legatarj che vogliono far uso del detto benefizio debbano giusta l'articolo 2098 fare inscrivere i loro titoli di credito o di legato entro il termine di tre mesi dal giorno dell' aperta successione. Imperocchè il detto articolo 2145 è solamente riferibile ai privilegi, i quali virtualmente contengono la legale ipoteca; laddove il benefizio della separazione non è dal Codice di Modena annoverato tra i privilegi (1); e la inscrizione da farsi dai creditori del defunto e dai legatarj entro il termine prescritto dal detto articolo 2098 è voluta dal legislatore come una condizione, dall'adempimento della quale l'esercizio dipende del benefizio della separazione (2).

---

530. Scrive il Filosofo di Roveredo nella sua Filosofia del Diritto (3), non doversi pretendere che le leggi positive sieno perfette ad un istante, anzi non potersi mai pretendere, che giungano ad una assoluta ed invariabile perfezione, perchè sono e saranno sempre l' opera degli uomini, e dove sono uomini e umane cose, come dice l'illustre Barbieri (4), imperfezioni e difetti saranno sempre. Di questa verità offre una prova luminosa ed irrefragabile il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone, del quale ha fatto conoscere l'esperienza tali e sì gravi difetti, che Casimiro Périer non dubitava di scrivere nel 5 febbraio 1829 nei pubblici giornali le amare parole riportate dal Troplong nella sua dottissima Prefazione all' Opera sulle Ipoteche: « Depuis long-temps tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale, s'affligent d'en voir le développement entravé *par les vices de notre système hypothécaire....* Le commerce et l'agriculture réclament également, dans cette partie de notre législation, des améliorations qui permettent d'étendre le crédit dont l'un et l'autre éprouvent un si grand

(1) N. 379, pag. 112.
(2) N. 479, pag. 326.
(3) Vol. 1, n. 725.
(4) Quaresimale; Predica: *Il Magistrato.*

besoin, en l'assurant sur la base à la fois la plus large et la plus solide, sur la valeur immense de notre sol. » Anche il Troplong, sebbene trovi esagerate molte critiche, onde il detto Sistema è fatto segno, e dichiari di non voler farsene nè difensore nè accusatore assoluto, non si rimane dal confessare nella lodata Prefazione che *de grands défauts existent dans le Code; des lacunes fâcheuses s'y font remarquer*. E facendosi il medesimo Troplong ad esaminare i due punti vitali, intorno ai quali si è ovunque alzato un grido di accusa contro il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone, cioè la mancanza di pubblicità riguardo agli atti di alienazione e la dispensa dall' inscrizione accordata all' ipoteca legale delle mogli e dei minori, non esita a proclamare altamente, quanto al primo punto, essere necessaria una radicale riforma, e doversi richiamare in vita la massima savissima della Legge brumaio anno 7, che imponeva l' obbligo della trascrizione degli atti di alienazione siccome una condizione indispensabile al trasferimento del dominio. Le solenni parole dell' illustre Giureconsulto Francese, che qui trascrivo, daranno ai Giovani, pei quali è fatto questo libro, una giusta idea della importanza di questa riforma, di cui ho già parlato più sopra: « Une réforme qui, à mon avis, doit précéder toutes les autres, c'est l'établissement d'une formalité extrinsèque, véhicule d'une grande publicité, et destinée à opérer la translation des droits de propriété à l'égard des tiers. L'abandon du système de la loi de brumaire an 7, sur l'aliénation des droits réels, est la véritable cause du trouble qui se fait remarquer dans tout le système hypothécaire du Code Civil, et de l'incohérence qui règne dans plusieurs autres de ses parties. » Vuole anzi il Troplong, e certamente con tutta la ragione, che la riforma sia spinta più in là della Legge di brumaio, e che l' obbligo della trascrizione sia esteso a tutti gli atti, che sebbene non siano di vera alienazione di dominio, importano concessione di diritti reali modificativi del diritto di proprietà: « Elle (cioè la Legge di brumaio anno 7) n'a ordonné que la transcription des *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques*, tandis que toutes les aliénations de démembremens quelconques de la propriété, tels que servitudes, droit d'usage ou d'habitation, etc., doivent être connus. » Questo voto del Giureconsulto Francese è degno dell' alto ingegno che ha reso celebre il suo nome in tutti i paesi dove la Giurisprudenza è in onore; ma

quanto all' altro punto non meno vitale riguardante la dispensa dall' iscrizione concessa alle ipoteche legali delle mogli e dei minori, il giudizio da lui manifestato in favore e in difesa del Codice Napoleone non può essere abbracciato e diviso da alcun Giureconsulto. Ecco in che termini si esprime il Troplong: « Une seconde réforme, sur laquelle nous nous séparerons ouvertement des partisans absolus de la publicité, c'est l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Nous pensons que, sous ce rapport, le Code Civil répond mieux que tous les autres systèmes aux besoins de la société, aux principes du droit, aux règles de la logique. » Chi vorrebbe, chi potrebbe soscriversi a questo giudizio non ostante l'autorità del nome del suo autore? Se i bisogni della società imposero ai Compilatori del Codice Napoleone la necessità di sostituire all' antico sistema romano quello della pubblicità e della luce tanto per le ipoteche quanto pei privilegi, gli stessi bisogni della società e le regole della logica volevano altresì che i benefizj del nuovo sistema non fossero resi vani con dispense ed eccezioni. Io non temo di ripetere ciò che l' eloquente Vatimesnil disse altamente all'Assemblea legislativa della Repubblica Francese: i Compilatori del Codice Napoleone adottando un sistema misto di pubblicità fallirono al loro scopo. Ma la fatale dispensa accordata dal Codice Napoleone ad alcune ipoteche fu saggiamente abolita, come si disse più sopra (1), dalle Leggi Ipotecarie Toscana e Pontificia e dai Codici di Parma, di Sardegna e di Modena; ed io non dubito punto che quando la Francia metterà mano nuovamente alla riforma del suo Sistema Ipotecario, da tanto tempo desiderata ed invocata, non mancherà di seguire, qualunque sia il voto dell' illustre Presidente del Senato Imperiale, l' esempio delle lodate Leggi Italiane e di altri Codici stranieri, abolendo in fatto di pubblicità il *misto* sistema delle eccezioni e delle dispense, *tendant*, come dice l'Odier (2), *à consacrer à la fois la publicité et le secret.*

L' abolizione ora accennata, sebbene sia stata un gran passo verso quel perfezionamento del Sistema Ipotecario, al quale sospirano i voti dei Giureconsulti e dei popoli, è poca cosa quando non sia accompagnata dall' altra importantissima riforma, che richia-

(1) N. 382, 383, 384, pag. 129.
(2) Des systèm. Hypothéc., § 3, n. 60.

mando a nuova vita il principio della Legge 11 brumaio anno 7 estenda l'obbligo della pubblicità agli atti di alienazione dei beni immobili. Questa riforma, che secondo il Troplong è la più vitale e deve qualunque altra precedere, *doit précéder toutes les autres,* fu iniziata dal Regolamento Legislativo degli Stati Pontificj del 10 novembre 1834. Dico semplicemente *iniziata,* perchè la Legge Pontificia contenne la riforma entro i puri limiti della Legge 11 brumaio, ordinando semplicemente la trascrizione, come si disse (1), degli atti di vendita o alienazione dei beni capaci d'ipoteca. Fra i Codici e le Leggi Italiane il vanto di avere compiutamente incarnato il pensiero e il voto del Troplong e di altri valenti Giureconsulti è dovuto ai Compilatori del nuovo Codice di Modena, i quali uscendo dai confini della Legge 11 brumaio spinsero la riforma sin dove era necessario, ordinando la pubblicità col mezzo della trascrizione di tutti gli atti tra vivi traslativi o dichiarativi della proprietà immobiliare, di enfiteusi, d'usufrutto, e d'anticresi, o costitutivi di servitù (2).

È dunque perfetto e compiuto il sistema di pubblicità adottato dal Codice di Modena, nel quale furono attuate le due grandi riforme or ora accennate? Dirò francamente il mio pensiero. Un Sistema Ipotecario basato sulla pubblicità, per essere compiuto e perfetto, non deve ammettere ed accordare eccezioni e dispense dalla formalità della inscrizione; e il Codice di Modena, seguendo l'esempio del Codice Napoleone e degli altri Codici Italiani, eccettua dalla formalità della inscrizione i privilegi generali indicati nell'articolo 2123, cioè le spese di giustizia, le spese funerali ec., che si estendono sopra i mobili e sopra gli stabili. So che nel più dei casi si renderebbe impossibile la inscrizione di questi privilegi generali, i cui crediti creati più per necessità che per volere non sono quasi mai appoggiati a scritture che possano servire di fondamento ad una inscrizione. Ma per favorire questi crediti l'edifizio della pubblicità dovrà lasciarsi incompleto? Io credo, e dirò anzi, spero, che anche questa dispensa sarà un giorno cancellata dai Codici, e che i legislatori o presto o tardi riconosceranno la necessità di adottare l'ottimo temperamento, di cui già abbiamo fatto parola (3), su questo punto proposto all'Assem-

(1) N. 383, pag. 131.
(2) N. 384, pag. 132.
(3) N. 360, 361, pag. 90.

blea legislativa della Repubblica Francese dal Progetto Vatimesnil, cioè di restringere il privilegio dei detti crediti alla sola generalità dei mobili, e di accordare ai medesimi sul prezzo degli immobili componenti il patrimonio del comun debitore il semplice diritto di preferenza sopra i creditori chirografarj.

Basterà quest' ultima riforma, già ideata dal Progetto Vatimesnil, a rendere completo e perfetto il sistema della pubblicità? Io penso che si dovrà venire o presto o tardi ad un'altra vitale e radicale riforma; e sebbene io prevegga che alcuni mi daranno taccia di ardito, non per questo rimarrommi, prima di chiudere la materia dei privilegi, dal manifestare il mio voto. Nè si creda ch' io voglia proporre una di quelle utopie speculative, di cui sia impossibile l'attuazione. So troppo bene che i negozj umani con la realtà si governano, non con le chimere (1), ed io non apparterrò mai alla scuola di quei sognatori, giustamente biasimati dal Troplong nella più volte citata Prefazione, i quali vagheggiano e propongono l' abolizione completa d' ogni privilegio e del gius d' ipoteca.

La facoltà illimitata accordata dal Codice Napoleone al venditore di dare in qualunque tempo pubblicità al suo privilegio rendeva un tale privilegio esorbitante, odioso ed ingiusto, e distruggeva i benefizj del sistema di pubblicità che diveniva illusorio. Giova ricordare le acerbe parole, onde il Troplong fa di ciò rimprovero al legislatore: « Ce système est vraiment bizarre, et conduit à des conséquences toutes contraires à celles que le législateur a voulu obtenir (2). » Ridussero questo privilegio a condizione più equa e meno dannosa pei terzi i Codici di Parma e di Sardegna, e la Legge Ipotecaria Toscana, ordinando che la iscrizione del privilegio del venditore e dell'alienante debba essere fatta entro un breve termine dalla legge determinato. Ma tutta l'influenza malefica di questo privilegio cessò sotto la Legge Ipotecaria Pontificia e il nuovo Codice di Modena, che ritornarono in vigore la necessità della trascrizione degli atti di alienazione. Imperocchè, ammessa la necessità della trascrizione degli atti di alienazione onde il dominio si trasferisca nell'acquirente, il privilegio dell'alienante si mostra al pubblico nello stesso momento che l'acquirente acquistò il dominio della cosa alienata, e col dominio la facoltà di dare

(1) Botta, Storia d'Italia, lib. 1, an. 1789.

(2) Art. 2108, n. 279.

la cosa stessa in ipoteca ai suoi legittimi creditori. La riforma pertanto ch' io propongo non riguarda il privilegio dell'alienante, la cui conservazione legata alla formalità necessaria al trasferimento del dominio, ossia alla formalità della trascrizione, mette i terzi al sicuro dal pericolo di una sorpresa.

I privilegi che a parer mio hanno bisogno di una radicale riforma sono quei privilegi, alla iscrizione dei quali è dalla legge assegnato un termine determinato. Imperocchè quale è l'effetto della iscrizione di questi privilegi accesa nel termine fissato dalla legge? Siccome i privilegi per loro natura ed essenza devono essere preferiti a qualunque creditore ipotecario senza alcun riguardo alla anteriorità del tempo, così la iscrizione dei privilegi accesa nel termine legale fa sì che i privilegi per tal modo conservati hanno un assoluto diritto di essere anteposti a qualunque ipoteca anteriormente iscritta, ossia che durante il termine assegnato dalla legge per la iscrizione dei privilegi non può in loro pregiudizio aver luogo alcuna ipoteca. Ora non ripugna allo scopo cui mira un buon sistema di pubblicità che un creditore di buona fede che inscrisse il suo credito ipotecario in tempo che il fondo a lui ipotecato era libero da inscrizioni debba essere superato e vinto da un credito non conosciuto al momento dell'accesa inscrizione ed inscritto posteriormente? Gl' inconvenienti che nascono da questi privilegi inscritti entro il termine stabilito dalla legge sono certamente minori di quelli gravissimi che traea seco la facoltà illimitata lasciata dal Codice Napoleone al venditore di render pubblico il suo privilegio; ma anche contro questi privilegi, che possono essere efficacemente inscritti nell'ultimo giorno del termine assegnato conservando il diritto di essere preferiti a qualunque ipoteca senza riguardo alla data della inscrizione, si può ripetere ciò che dice il Troplong contro il privilegio del venditore: « Comment n'a-t-on pas vu qu'en l'autorisant à le faire sortir de l'obscurité, après des hypothèques stipulées et inscrites de bonne foi, la confiance était trompée par les promesses du législateur? Mieux valait ne rien promettre du tout (1). » Un buon sistema di pubblicità non deve mai lasciare i terzi nell'ignoranza di quei titoli e crediti da cui possono essere superati, e perciò il Troplong parlando in genere del sistema di pubblicità adottato dal Codice Napoleone non dubita di chiamarlo *imperfetto* per la ragione appunto che non dà

(1) Art. 2108, n. 279.

una conoscenza completa dei pesi che gravitano sul patrimonio del debitore: « Système avantageux sous tous les rapports, parce qu'il est fondé sur la bonne foi qui doit présider aux transactions, mais imparfait à beaucoup d'égards, et qui, n'assurant pas aux tiers une connaissance complète de la situation de celui avec qui ils veulent contracter, est bien souvent un piége, au lieu d'offrir une garantie (1). » Nè si creda che qui il Troplong alluda al solo privilegio del venditore che può essere reso pubblico quando più piace. In fatti lo stesso Troplong parlando più avanti del privilegio dei coeredi, ai quali fu assegnato il termine di sessanta giorni a dargli pubblicità, mostra la contraddizione in cui è caduto il legislatore volendo da una parte la inscrizione del detto privilegio per l'interesse dei terzi e permettendo dall'altra che per tutto il termine dei sessanta giorni i terzi, che contrattano con uno de' coeredi dopo la divisione, possano rimanere legalmente nell'ignoranza dello stesso privilegio: « Ainsi, tous ceux qui ont pris inscription hypothécaire dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acte de partage et le soixantième jour, ne peuvent pas dire que c'est le défaut d'inscription qui les a induits en erreur; car le copartageant avait *légalement* droit de leur laisser ignorer son privilège. Il n'était obligé à se faire inscrire que le soixantième jour, c'est-à-dire après leurs inscriptions hypothécaires. Néanmoins, si le copartageant ne se fait pas inscrire du tout, ils pourront lui faire un reproche du non-accomplissement de la formalité, quoique cette formalité ait été indifférente pour eux (2). » Perchè dunque i moderni legislatori vorranno lasciar sussistere questo non piccolo difetto del Sistema Ipotecario che deve essere completamente basato sulla pubblicità? Perchè non si dovrà anche su questo punto, come si fece sugli altri di gravissima importanza già sopra accennati, metter mano ad una riforma altamente richiesta dall'interesse generale, che è lo scopo unico della pubblicità sostituita alle tenebre, onde era anticamente avvolto il Sistema Ipotecario? Mi sento gridare all'orecchio la sentenza dell'immortale Pellegrino Rossi: « La législation positive a ses nécessités, ses imperfections inévitables. Le législateur ne peut réaliser complétement la théorie, pas plus que le statuaire ne parvient à réaliser dans le marbre l'exacte représentation de ses concep-

(1) Art. 2106, n. 264 bis.
(2) Art. 2106, n. 267.

tions (1). » Chi può dubitare della verità di questa sentenza degna dell'alta mente che la dettava? Ma quando una giusta ed utile riforma in una parte qualunque della legislazione è possibile ed attuabile, perchè il legislatore si dovrà rimanere dal compierla? Giustiniano, non contento della tacita ipoteca accordata alle donne maritate per garanzia della loro dote, volle altresì che una tale ipoteca fosse privilegiata, ossia fosse preferita a qualunque altro creditore ipotecario comecchè anteriore di tempo. La Legge 11 brumaio anno settimo, che fondò il sistema della pubblicità delle ipoteche, si restò forse dal restringere i favori concessi da Giustiniano alla causa della dote entro più angusti confini? La detta Legge non abolì forse il privilegio lasciando a garanzia della dote la semplice ipoteca legale da misurarsi, quanto al grado, dalla data della inscrizione? E sebbene i Compilatori del Codice Napoleone accordassero a questa ipoteca legale la dispensa dall'obbligo della iscrizione, non ebbero però il coraggio di ritornare in vigore il privilegio, di cui Giustiniano fu largo all'ipoteca legale concessa alle donne maritate. Ma anche questa dispensa dalla formalità della inscrizione concessa dal Codice Napoleone alle donne ed incompatibile coll' introdotto sistema della pubblicità non fu dai Codici moderni cancellata e abolita? Eppure la L. 2, D. *De jure dot.*, proclama altamente il principio: « Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere! » Ma non ostante questo principio la ipoteca privilegiata da Giustiniano accordata alla dote dovè subire una sì importante riforma, e passare nella categoria delle semplici ipoteche legali, il cui grado dalla data della inscrizione deve misurarsi. E bene io ardisco proporre che rispetto ai pochi privilegi, alla inscrizione dei quali è dalla legge assegnato un termine determinato, privilegi dal Codice di Modena ridotti a due soli, a quelli cioè dei coeredi e del terzo possessore, si compia la stessa riforma che la Legge 11 brumaio e i Codici moderni già sopra nominati adottarono rispetto alla dote, ossia che il privilegio si converta in una semplice ipoteca legale da misurarsi quanto al grado ed agli effetti dal giorno della inscrizione. Se la Legge 11 brumaio e i Codici che camminarono sulle sue orme non ebbero difficoltà di ridurre la ipoteca privilegiata, concessa da Giustiniano alla dote, ad una semplice legale ipoteca da avere effetto e grado dal giorno della inscrizione, si riputerà troppo ardita

(1) Traité de Droit Pénal, liv. 2, chap. 8.

la riforma ch' io propongo di convertire i detti privilegi speciali, alla iscrizione dei quali è dalla legge fissato un termine determinato, in semplici ipoteche legali da misurarsi dal giorno della inscrizione, mentre le Leggi Romane sì gelose del sacro diritto di proprietà negavano e privilegio e legale ipoteca allo stesso venditore? Io credo la proposta riforma, non che utile, necessaria a rendere perfetto e completo il sistema della pubblicità; e se la vedrò un giorno attuata nel mio diletto Paese, sarò lieto di averla con anticipato voto desiderata e prevista.

FINE DEL VOLUME SECONDO.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL SECONDO VOLUME.

Librai, presso i quali si potrà trovare la presente Opera.

A Firenze, alla Tipografia Le Monnier.
Livorno, G. Mazzaioli.
Siena, O. Porri.
Lucca, Giuseppe Lupi.
Pisa, Carlo Nistri.
» Luigi Giannelli.
Genova, Gio. Grondona.
Torino, Ved. Reviglio e fig.
Novara, Enrico Crotti.
Milano, G. Brigola e C.
» F. Perelli.
Verona, Libreria alla Minerva.
Venezia, Pietro Siepi.
Trieste, Libreria Schubart.
» C. Coen.
Bologna, Marsigli e Rocchi.
Roma, Giov. Gallarini.
Napoli, G. Marghieri.
Palermo, D. Sandron.
» Fratelli Pedone Lauriel.
Messina, B. D' Amico.

Prezzo di questo Volume: Franchi 4. 50.